UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Thèse de Doctorat en DROIT

présentée à

L'ECOLE DOCTORALE EN SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIETE

de l'Université de Picardie Jules Verne

par

Guillaume DUMONT

pour obtenir le grade de Docteur

La criminalité domestique

Soutenue le 28 février 2017, après avis des rapporteurs,
devant le jury d'examen :

M. Mikaël BENILLOUCHE, Maître de conférences HDR à l'Université de Picardie Jules Verne.
(***DIRECTEUR DE THESE***)

M. Daniel BERT, Maître de conférences à l'Université Lille II.
(***EXAMINATEUR***)

M. Georges FAURE, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne.
(***EXAMINATEUR***)

M. Xavier LABBEE, Professeur à l'Université Lille II.
(***RAPPORTEUR***)

Mme Cécile MANAOUIL, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne.
(***EXAMINATEUR***)

M. Jean-Yves MARECHAL, Maître de conférences HDR à l'Université Lille II.
(***RAPPORTEUR***)

CEPRISCA

A Véronique,

La femme de ma vie, mon épouse, mon amie, ma confidente

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

C’est avec grand enthousiasme que je profite de ces quelques lignes pour rendre hommage et remercier chaleureusement toutes les personnes qui ont participé, à leur manière, à la réalisation de cette thèse.

Tout d’abord, je souhaite exprimer ma profonde gratitude à Monsieur Mikaël BENILLOUCHE, qui n’a pas hésité un seul instant à reprendre la direction de mes travaux. Ses conseils avisés m’ont été très bénéfiques.

Je souhaiterais remercier Monsieur le Professeur Xavier LABBEE et Monsieur Jean-Yves MARECHAL pour le temps qu’ils ont accordé à la lecture de cette thèse et à l’élaboration de leur rapport.

Je remercie également Madame le Professeur Cécile MANAOUIL, Monsieur le Professeur Georges FAURE et Monsieur Daniel BERT pour leur disponibilité et la lecture de mes travaux.

J’ai naturellement une pensée pour Monsieur le Professeur Jean-Pierre BAUD qui m’a guidé initialement dans cette recherche. Sa rigueur a raisonné en moi tout au long de mon parcours. C’est avec émotion que je lui rends cet hommage posthume.

Mes derniers remerciements iront évidemment en direction de toutes celles qui ont contribué à ce que cette soutenance puisse avoir lieu : Anne-Lise, Sylvie, les Véronique, sans oublier naturellement mon épouse qui a supporté cette thèse durant de longues années et qui a très largement participé à son élaboration.

RESUME DE LA THESE

La maison, en tant que lieu d'habitation, est aujourd'hui un espace juridiquement protégé tant par le droit civil que par le droit pénal. En matière pénale, la maison est le lieu du paradoxe. Elle possède une criminalité qui lui est propre, avec cette particularité que tout se déroule dans le plus grand secret. Il s'agit d'un espace de l'intime où aucun fait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne doit être dévoilé, mais si l'affaire sort de cette enceinte, elle doit nécessairement subir une sanction majeure. Protégée par une série de circonstances aggravantes, elle reste un endroit où la justice doit montrer patte blanche pour pénétrer. La maison est, de surcroît, un milieu protéiforme où se mêle parfois à la famille, des individus considérés comme des tiers. Dans cet univers domestique, certaines infractions ont connu une évolution telle qu'elles sont aujourd'hui totalement repensées : le parricide, voire même abrogées : l'infanticide et le vol domestique. Tandis que d'autres ont évolué en faveur d'une plus grande fermeté répressive : violences et les infractions sexuelles commises contre les mineurs et au sein du couple. L'intérêt essentiel est de présenter très précisément des infractions éclairantes sur la protection des valeurs au sein de la maison et de rendre compte de leur évolution, sous l'impulsion à la fois des politiques pénales, de la jurisprudence, et de l'opinion publique. Un regard critique mérite également d'être porté sur le système répressif actuel en matière de protection de l'état de vulnérabilité intra-domestique et d'émettre des hypothèses de transformations constructives de l'état du droit positif.

LISTE DES ABREVIATIONS

Art.	Article (loi, décret ou arrêtés)
ACP	Ancien Code pénal (Code pénal de 1810)
AJ pénal	Actualité juridique pénal
al.	Alinéa
anc.	Ancien (par exemple pour désigner une ancienne loi abrogée)
Anc. C. pén.	Ancien Code pénal
AN	Assemblée Nationale
Ass.	Assemblée (voir le mot suivant)
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bibl.	Bibliographie
Bull.	Bulletin
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
CA	cour d'appel
Cass. / C. Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. I	Cour de cassation première Chambre civile
Cass. civ. II	Cour de cassation deuxième Chambre civile
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Ch. réun.	Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique (Etude parue dans une revue)
Circ.	Circulaire administrative
Comp.	Comparer
Cf.	*Confere* = consulter
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Contraire

coll.	Collection
C. pén.	Code pénal
C.P.P.	Code de procédure pénale
C. Th.	Code Théodosien
D.	Recueil Dalloz
Dig.	Digeste
Dr.	Droit
Dr. Pén.	Revue de droit pénal
éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)
ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
***Ibid*.**	*Ibidem* = ici même
Infra	Ci-dessous
I.R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
J.	Partie "Jurisprudence" de certaines revues
JAF	Juge aux affaires familiales
JCl.	Jurisclasseur
JCl. pén.	Jurisclasseur pénal
JCl. pén. Code	Jurisclasseur pénal code
JCP	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique
J.O.	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Journ. Dr. Crim.	Journal de droit criminel ou jurisprudence criminelle de la France
L. n°	Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel
n°	Numéro
ord.	Ordonnance
Obs.	Observations
Op. cit.	*Opere citato,* dans l'ouvrage précité
p.	Page
P.A.	Petites Affiches
pp.	pages
préc.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF	Presses universitaires française
PUL	Presses de l'Université de Laval
PUR	Presses universitaires de Rennes
R.	Partie réglementaire d'un code suivie d'un numéro d'article
Rec.	Recueil
Rép. Pén.	Répertoire Pénal Dalloz
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. pén.	Répertoire pénal (Jurisclasseur pénal)
Req.	Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation)
Rev.	Revue
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RIC	Revue Internationale de criminologie et de police Technique et Scientifique
Rev. Sc. Crim.	Revue de sciences criminelles et de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
S.	Recueil Sirey
et s.	Et suivants (après l'énonciation d'un article ou d'une page)
sect.	Section
Sem. jur.	La semaine juridique avant 1937 (Voir Jurisclasseur périodique)
Somm.	Sommaires de jurisprudence
Supra	Ci-dessus
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
Tit.	Titre, division d'un Code suivie de son numéro
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel
Trib.	Tribunal, suivi du nom du lieu où siège la juridiction
V°	Mot (exemple : V° "X"= voir le mot "X")
Vol. n°	Volume ou tome suivi d'un numéro en chiffre romain

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LA PROTECTION DECLINANTE D'UNE MORALITE DESUETE

TITRE 1 - L'EVOLUTION VERS LA CONVERSION : DU PARRICIDE AU MEURTRE AGGRAVE

CHAPITRE 1 - AUX ORIGINES D'UN CRIME SINGULIER

Section 1 – Un acte combattu
Section 2 – Un acte d'une détermination complexe

CHAPITRE 2 - LA FIN PREVISIBLE D'UN CRIME MARQUE PAR DES VALEURS SURANNEES

Section 1 : L'étiolement répressif du parricide
Section 2 - La naissance d'une circonstance aggravante de l'homicide volontaire

TITRE 2 - L'EVOLUTION VERS L'ABROGATION

CHAPITRE 1 - LA DISPARITION DE L'INFANTICIDE

Section 1 – L'évolution inconstante de l'infanticide
Section 2 – Une infraction équivoque distincte de l'homicide

CHAPITRE 2 - DE L'ABROGATION DU VOL DE DOMESTIQUE A LA REPRESSION DU « VOL DOMESTIQUE »

Section 1 – L'attachement à la protection de l'intimité domestique
Section 2 – L'attachement au pragmatisme domestique

SECONDE PARTIE - UNE PROTECTION CROISSANTE DE LA SITUATION DE FAIBLESSE DANS LE DOMICILE

TITRE 1 - UNE PROTECTION DU FAIT DE L'ÂGE DE LA VICTIME

CHAPITRE 1 - D'UNE ENFANCE IGNOREE A UNE ENFANCE CONSACREE

Section 1 – Une protection marquée par une évolution législative constante
Section 2 – Une protection marquée par le lien domestique

CHAPITRE 2 - LA REPRESSION DES ACTES COMMIS SUR MINEURS

Section 1 – Les atteintes portées aux mineurs par commission
Section 2 - Les atteintes portées aux mineurs par omission

TITRE 2 - UNE PROTECTION DE LA VICTIME DANS SON MILIEU CONJUGAL

CHAPITRE 1 - LA PRISE EN COMPTE DU LIEN DE CONJUGALITE DANS LES ACTES INFRACTIONNELS

Section 1 - Une réforme portant sur l'aggravation
Section 2 - Une réforme portant sur les textes d'incrimination

CHAPITRE 2 - L'INGERENCE DU LEGISLATEUR ET DU JUGE DANS L'APPRECIATION DES RELATIONS SEXUELLES ENTRE EPOUX

Section 1 - Les rapports sexuels à l'origine de la dissolution du mariage
Section 2 - Les rapports sexuels à l'origine de sanctions pénales

INTRODUCTION

« *La divinité implante le crime chez les humains*
quand elle veut ruiner complètement leur maison. »
Platon, *La République*[1]

Si la maison constitue un endroit privilégié de la protection de l'individu, où il apprend les premières valeurs de la vie en société, ce lieu peut être également considéré comme un lieu de criminalité. Lorsqu'une infraction est commise par l'un de ses occupants à l'encontre d'un autre, la proximité qui les unit confère une singularité à l'infraction commise, du fait des valeurs auxquelles il est porté atteinte. La réponse pénale doit, dès lors, être spécifique. La divergence dans la volonté répressive des législateurs qui se sont succédés ne fait que contribuer à faire de la maison, un univers difficile à appréhender.

[1] PLATON, *La République, œuvres complètes, livres I-III, tome VI*, traduit par E. CHAMBRY, Paris, Les Belles Lettres, 1932, 380a.

Plutôt que celui de familiale ou intra-familiale, le qualificatif de domestique, bien qu'étrange, nous a paru le plus approprié pour percevoir les valeurs ou intérêts que les législateurs ont voulu protéger entre individus partageant une communauté de vie. Cette distinction entre les termes : « familiale » et « domestique » est souvent difficile à percevoir. Et les définitions données dans les dictionnaires de langue française abondent dans ce sens. Le dictionnaire Larousse définit l'adjectif domestique comme ce « qui concerne la famille, la vie privée » synonyme de familiale, alors que le Littré[2] vise le lieu davantage que la parenté en indiquant qu'il s'agit de ce « qui appartient à la maison, à l'intérieur de la famille ». Relevons simplement qu'étymologiquement le qualificatif domestique vient du latin *domesticus* qui signifie la maison. Certains auteurs définissent plus précisément la notion de domesticité : « la domesticité comprend l'ensemble des gens qui vivent sous le toit du maître de maison et l'état de ces personnes par rapport à ce dernier[3] ».

Dans cette même perspective, il est nécessaire de nous interroger sur le point de savoir au sein d'un lieu de vie commune, quelle valeur entre la parenté familiale et la proximité dans un lieu confiné, a été au centre des préoccupations de ceux qui ont élaboré nos lois pénales. Autrement dit, au fil du temps, le législateur a-t-il voulu protéger la famille, en tant qu'entité juridique ou les occupants de la maison d'un point de vue plus pragmatique en tenant compte d'une situation de fait ?

Force est de constater que la maison est un univers saisi par le droit. En matière pénale, la maison, ou plus précisément le domicile, est un lieu sanctuarisé. En effet, des règles drastiques entourent les perquisitions et des infractions spécifiques protègent des atteintes qui sont portées au domicile (violation de domicile, atteinte à la vie privée)[4]. En matière pénale, la

---

[2] P.-E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, Monte Carlo, 1968, v° « domestique ».
[3] A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal, tome 1 : le droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, p. 191.
[4] La protection du domicile au XIXe siècle :
Art. 184 C. d'instruction criminelle : Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique, qui, agissant en sadite qualité, se sera introduit dans le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi et sans ses formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonnement de 6 jours à un an , et d'une amende de 16 francs et 500 francs, sans préjudice de l'application du 2nd paragraphe de l'art. 114. (l'ordre du supérieur hiérarchique, fait peser la responsabilité sur ce dernier)
Tout individu qui se sera introduit à l'aide de menaces ou de violences dans le domicile d'un citoyen, sera puni d'un emprisonnement de 6 jours à 3 mois, et d'une amende de 16 francs à 200 francs.

maison est le lieu du paradoxe. La maison possède bien évidemment une criminalité qui lui est propre, avec cette particularité que tout se déroule dans le plus grand secret. Il s'agit d'un espace de l'intime où aucun fait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne doit être dévoilé, mais si l'affaire sort de cette enceinte, elle doit nécessairement subir une sanction majeure. Protégée par une série de circonstances aggravantes[5], elle reste un endroit où la justice doit montrer patte blanche pour pénétrer. Cette ambiguïté tient dans le fait que rien ne doit entrer dans la maison, mais que le droit joue un rôle primordial dans le maintien de son équilibre. Comment le droit peut-il s'intéresser de près à une entité inviolable même par lui, et de quelle façon peut-il s'immiscer dans un lieu hermétique où néanmoins il doit régner en maître ?

La maison est, de surcroît, un univers protéiforme où se mêle parfois à la famille, des individus considérés comme des tiers. Cette famille défendue par le droit ne doit-elle pas cet honneur au lieu qui l'abrite ? Cette interrogation nous amènera naturellement à envisager les liens domestiques non institutionnels tel que le concubinage ou le cas de « l'employé de maison ». Il est, d'ailleurs, important de saisir la place actuelle de la maison dans notre droit, à une époque où l'importance de l'autorité paternelle est moindre[6] et où sont reconnus des droits à chacun des membres qui la composent. On ne peut évidemment percevoir cela qu'à la lumière d'une histoire proche du droit pénal qui nous montre que même si le droit donnait aux justiciables le moyen de combattre les crimes et délits portant atteinte à leur intimité, ceux-ci restaient très souvent en proie au secret, et n'osaient pas faire face à une *patria potestas* omniprésente.

Art 184 Abrogé. : Tout juge, tout procureur général ou du roi, tout substitut, tout administrateur, ou tout autre officier de justice ou de police qui se sera introduit dans le domicile d'un citoyen hors les cas prévus par la loi, et sans les formalités qu'elle a prescrite, sera puni d'une amende de 16 francs au moins et de 200 francs au plus.
Motifs : M. Charlemagne – auteur de l'amendement : « En 1810, l'inviolabilité du domicile et en général les garanties que les citoyens ont le droit d'attendre de la loi, n'étaient les questions précisément à l'ordre du jour. » ; Concernant le 2nd al. : Il existe une lacune dans le code pénal de 1810, ses auteurs ont paru oublier qu'il était possible qu'un particulier violât le domicile d'un autre particulier. Je sais bien que dans les grandes villes, en général, la police s'exerce d'une manière sévère, ce délit a lieu fort rarement, et ce n'est qu'une contravention de simple police. Mais dans les campagnes, là où les habitants sont isolés, se trouvent exposées à la brutalité du 1er venu, surtout des voyageurs qui se présentent dans les fermes isolées pour contraindre les habitants à leur accorder une hospitalité forcée.
La protection du domicile est déjà énoncée dans un certain nombre de textes : Constitution du 22 frimaire an 8 - art. 76 : « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit nul n'a le droit d'y entrer que dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite à l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émanant de l'autorité publique. » ; L. 28 germinal an 6 – art. 11 ; Art 1 et 2 décret du 4 août 1806 ; Art 1037 C. de procédure civile ; Art. 184 Ord. 29 oct. 1820 ; l'art. 161 C. forestier interdit au garde forestier de pénétrer dans le domicile ; et la cour de cassation a décidé que cet article avait pour unique but de donner à tout particulier le droit de s'opposer à l'introduction des gardes dans son domicile sans être accompagné du juge de paix ou du maire, et si le particulier l'avait permise n'emportait pas la nullité.

[5] Ex. : Art. 226-4 C. pén. relatif à la violation de domicile ; Art. 311-4. 6° C. pén. relatif au vol dans un lieu habité,

[6] Suppression de l'incrimination d'adultère, du droit de correction parentale, fin de la puissance maritale, …

A vouloir ériger la maison en un lieu distinct des autres, nos législations en ont progressivement fermé l'accès, accentuant par la même occasion la notion de secret entourant la vie domestique. Dans cette réglementation spécifique de la profession médicale, le serment d'Hippocrate faisant référence à la maison nous éclaire sur la difficulté pour le droit pénal d'y pénétrer : « reçu à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs ». Il est alors évident que la maison est bien un lieu profitant d'une criminalité qui lui est propre, mêlant secret, non dit, croyances religieuses et morales.

Dans son étude réalisée sur l'histoire de la violence, Jean Claude Chesnais expose que « la famille est le lieu du paradoxe. Centre d'affection, refuge contre l'adversité, c'est aussi le premier foyer de violence, l'unique endroit où chacun peut découvrir, sans fard, son vrai visage. La violence y est forte, plus forte qu'en tout autre milieu. Mais la violence entre les membres d'une même famille est une chose dont on n'a pas coutume de parler : elle est secrète et honteuse. Par nature, elle échappe à la connaissance publique : les seuls témoins en sont les membres de la famille. L'existence de liens de parenté les pousse à garder le silence, tant par souci de leur propre image que par crainte de représailles[7] ».

Les incriminations visant à garantir un certain ordre public au sein du domicile ont évolué au fil des époques. Depuis le Code pénal de 1810, les infractions intéressant les occupants de la maison ont connu une grande mutation. C'est l'étude de cette évolution qui va nous occuper dans la thèse. A cette fin, nous avons fait le choix de mettre en évidence une double tendance inversée. La première consiste en un cheminement répressif tendant à un amoindrissement voire une suppression des sanctions relatives à une certaine forme de criminalité domestique ; tandis que la seconde s'oriente davantage en direction d'une incrimination accrue.

Il apparaît ainsi que certaines infractions ont connu une évolution telle qu'elles sont aujourd'hui totalement repensées : le parricide, voire même abrogées : l'infanticide et le vol

[7] J. - C. CHESNAIS. *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, Paris, Robert Laffont, Collection Pluriel, 1981, p. 100.

domestique. Tandis que d'autres ont évolué en faveur d'une plus grande fermeté répressive : les violences et les infractions sexuelles commises contre les mineurs et au sein du couple.

Cette thèse ne s'inscrit pas dans une étude statique et purement descriptive. Nous tenterons également de ne pas dévier de notre sujet essentiellement juridique. Notre recherche va suivre une double orientation : l'étude historique d'infractions disparues ou profondément transformées et l'examen très actuel d'infractions naissantes. L'intérêt essentiel est de présenter très précisément des infractions éclairantes sur la protection des valeurs au sein de la maison et de rendre compte de leur évolution, sous l'impulsion à la fois des politiques pénales, de la jurisprudence, et de l'opinion publique. Nous nous efforcerons de poser également un regard critique sur le système répressif actuel en matière de protection de l'état de vulnérabilité intra-domestique et d'émettre des hypothèses de transformations constructives de l'état du droit positif.

Droit et domesticité : approche historique et philosophique. - Pour mieux comprendre le lien existant entre le droit et la notion de domesticité il nous a paru opportun d'apporter un éclairage philosophique et historique. De ces points de vue, le lieu de domestication correspond à l'*oikos* des Grecs, qui inclut une œuvre architecturale sans se limiter à elle. A Rome, la *familia* représente le groupe de ceux qui sont liés par un lien de parenté, mais qui inclut en outre ces humains qu'on dit si justement « domestiques », ainsi que les animaux « domestiques », sans oublier ce monde végétal fournissant de quoi faire vivre l'humain et pouvant même pénétrer au cœur de l'intimité en fournissant des plantes d'ornement. « Quant au système de valeurs, il s'agit de ce que la *familiaritas* latine nous fait appeler la familiarité et que les Grecs désignaient comme l'*oikeiôsis* et qui permet d'articuler les lois de la nature sur ces lois de la maison où apparaissent les premières normes humaines »[8].

Jean-Pierre Baud s'est intéressé au fait que des 24 chants qui forment l'*Odyssée,* onze[9] racontent le cheminement qui conduit Ulysse à ce qui lui est accessible au cœur de son *oikos.* Territorialement et socialement, Ulysse va pénétrer le système concentrique qui le conduit du bord extrême de son *oikos,* ce rivage de l'Ithaque sur lequel il est déposé dans son lit de

[8] J.-P. BAUD, « Du secret de la maison au secret de l'hôpital », *Cités* 2006, 2, n° 26, p. 18.
[9] Du chant 13 au chant 23 : HOMERE, *L'Odyssée,* trad. F. Mugler, Arles, Actes Sud, 1995, p. 227-411.

voyageur, à la dernière délimitation par lui accessible : le lit nuptial. Lorsque les Phéaciens le déposent endormi sur le rivage de l'Ithaque entouré des richesses qu'il rapporte de son voyage, Ulysse aborde un *oikos* qui doit redevenir le sien. Plus que les cadeaux disposés autour du dormeur, la présence du lit serait une incongruité si elle ne signifiait pas la nécessité d'entreprendre d'urgence le processus de pénétration au cœur de l'*oikos* et de son secret. En outre, le lien d'*oikeiôsis,* de familiarité, doit se rétablir dans ces lieux qu'il reconnaît mal et avec des hommes qu'il suppose hostiles. Or le système concentrique de l'*oikos* implique une concentricité du secret. C'est pourquoi Athéna, qui, en tant que déesse de la cité, sait qu'Ulysse doit s'imposer dans sa maison pour être ensuite rétabli à la tête de sa cité[10], va mettre son protégé à l'abri d'un secret si ontologiquement lié à l'*oikos* que la nuit suffisait à faire fonction de maison dans les accouplements de Gaia, la terre et d'Ouranos, le ciel. Grâce à Athéna, qui le déguise en vieux mendiant, et qui dissimule ses biens dans une nuée, il pourra progresser territorialement et socialement dans le système concentrique de l'*oikos*[11].

Selon Jean Pierre Baud, « rien n'est inutile dans le détail du texte homérique, ni le lit, ni l'arbre, ni la maison ». En effet, le lit désigne l'intimité conjugale en un lieu de l'*oikos* qui est presque son centre, l'arbre désigne quant à lui ces lois de la nature mettant en relation les forces telluriques et les puissances célestes, enfin la maison dont la construction permet de mettre en scène le pouvoir de ce patriarche qui vient, lui-même, de se reconstruire. L'évocation de la maison, dont les lois - l'*oikonomia*[12] - font le lien entre les lois de la nature et celles de la cité, a pour finalité de rappeler que, plus que tout autre art, l'architecture occidentale antique exprime le pouvoir normatif masculin, qui est d'abord celui de « mettre les choses à l'équerre ». Par la règle et l'équerre, l'homme fabrique la maison. On peut souligner le fait que le *gnomon* grec, à la fois cadran solaire et équerre, a donné la norme (*norma :* l'équerre), la règle (une équerre est faite de deux ou trois règles), et la *forma,* venue comme la *norma* du *gnomon* par un intermédiaire étrusque, dont le diminutif *formula* eut un rôle fondamental dans un droit romain essentiellement processuel[13]. Ainsi, la maison exprime le pouvoir domestique, juridique et politique de l'homme, tout en dissimulant les derniers cercles du système concentrique de l'*oikos*. C'est pourquoi la maison communique par l'interface de la

[10] *Ibid*., Chant 24, p. 413-4.
[11] J.-P. BAUD, *op. cit.,* p. 18.
[12] De *oikos,* la maison et *nomos,* la loi. L'intermédiaire direct devrait être l'accusatif *gnomona.*
[13] J.-P. BAUD, o*p. cit.,* p. 19.

façade, de la porte et de la salle de banquet.

Dans *Les Guêpes* d'Aristophane[14], le tribunal de l'Héliée vient à la recherche du père que son fils veut empêcher de siéger. Cette affaire se déroule à la porte de la maison, la cité ne veut pas savoir ce que cache la maison, et désire s'en tenir au pouvoir patriarcal qu'exprime la façade. Le patriarche en tant que constructeur, législateur et maître de la vie, est exprimé par la mise en scène de l'acceptation du nouveau-né, tout cela est à la mesure de ce qui est dissimulé, le formidable pouvoir biologique de la femme, détentrice de ses secrets. Autrement dit, ce que dissimule la scénographie du pouvoir patriarcal est un pouvoir de vie et de mort du mâle dominant, mais qui n'est que le pouvoir de tuer[15] – ou plutôt le pouvoir de gracier puisque le pouvoir de tuer se détruit à l'usage – alors que le pouvoir biologique de la femme touche à la maîtrise de la vie.

Utilisation d'une démarche de recherche partiellement historique. - Cette thèse abordera l'étude de l'évolution d'incriminations domestiques soigneusement choisies selon une méthode exégétique pour les textes actuellement en vigueur, mais surtout historique pour mieux apprécier l'évolution des mentalités. Il nous semblait important de justifier cette dernière démarche.

A titre liminaire, il est bon de rappeler que l'idée de joindre le droit à l'histoire a fleuri au XVIe siècle, dans le milieu des humanistes français de l'École de Bourges étudié par Donald R. Kelley. Avec les Lumières le droit trouve sa place dans les sciences morales et politiques, toujours en étroit contact avec l'histoire, dans le sillage de Montesquieu. Sous la Révolution, les Idéologues, comme Daunou ou Destutt de Tracy, envisagent de créer des écoles supérieures de sciences morales et politiques où serait enseignée la législation. Le schéma d'organisation de l'Institut répond à cette classification. Et l'expression « science sociale » est déjà appliquée au droit par des juristes de la première moitié du XIXème siècle, à l'instar de Cabantous en 1839, à une époque où Jean-Baptiste Duvergier écrit que « l'influence de la société sur la législation et l'action de la législation sur la société sont également

[14] ARISTOPHANE, *Les Guêpes,* traduit par H. VAN DAELE, Paris, Les Belles Lettres, 1998, p.1101-1121.
[15] Pouvoir partagé par la détentrice de recettes dangereuses ; d'où la traditionnelle crainte de l'empoisonneuse, sans parler du fantasme du chaudron des sorcières.

incontestables »[16]. Pourtant, en dépit de ces rapprochements précoces, la science juridique a pendant des siècles cultivé l'isolement: dans tout le continent européen, sur la base de la compilation de Justinien redécouverte à la fin du XIe siècle – avec l'élaboration d'une « Écriture du droit en une pratique nécessairement tautologique et sui-référentielle[17] » – puis particulièrement en France avec l'avènement de la codification napoléonienne qui fait table rase des sources de l'Ancien Droit et s'accompagne de la mise en place d'écoles de droit fermées sur elles-mêmes, destinées à former des praticiens par la seule connaissance du Code, sans recours aux réflexions historiques ou philosophiques. Un tel isolationnisme explique la pauvreté de l'historiographie des disciplines juridiques en France jusqu'à ces dernières décennies, y compris de la part des historiens du droit, comme s'en plaignait Jacques Poumarède en 1980[18].

Sur la méthode d'étude historique du droit, Michel de Certeau notait que « la relation (que l'histoire) entretient avec les diverses sciences lui permet d'exercer par rapport à chacune d'elles une fonction critique nécessaire, et lui suggère le propos d'articuler ensemble les limites ainsi mises en évidence[19] ». Le droit peut, en effet, être directement ou indirectement appréhendé par l'histoire en tant que science humaine. Le droit, et en particulier le droit pénal devient un sujet d'étude de l'activité humaine dont l'objet est de régir les rapports des individus dans la société et dont le but serait de maintenir l'ordre public. A l'inverse, tout en visant l'objectif général de développement de la connaissance des sociétés anciennes, l'histoire alimente indirectement la science juridique en rendant factuellement intelligible le contexte de production et d'application de son objet[20]. Lorsque le juriste est à la recherche du *ratio legis* d'un texte dont il doit faire application, sa démarche est bien de se replacer dans l'esprit du législateur en tant compte du contexte historique.

---

[16] F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXème-XXème siècles) », *Revue d'histoire des sciences humaines* 2001, 1, n°4, p. 3-7.
[17] Y. THOMAS, *Dictionnaire des sciences historiques*, v° « Droit », Paris, PUF, 1986, p. 2101.
[18] J. POUMAREDE, « Pavane pour une histoire du droit défunte. Sur un centenaire oublié, Procès ». *Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1980, n°6, p. 91-102.
[19] M de CERTEAU, « L'opération historiographique », *L'écriture de l'histoire*, Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 1975, p. 96.
[20] E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnelle*, 2006, 3, p. 509-534.

L'histoire du droit comparé à l'histoire « classique » cherche particulièrement à connaître le développement des normes actuellement en vigueur afin de faciliter leur compréhension et leur portée. L'historien du droit, qui est juriste, est également un acteur du système étudié, plus que l'historien classique[21]. Pour Emmanuel Cartier, dont nous partageons la vision, « l'histoire du droit a pour ambition, non seulement de rendre intelligibles les systèmes juridiques passés mais également le système juridique présent, en relevant les rapports parfois très étroits qu'entretiennent la structure et les composantes de ce dernier avec les systèmes passés, notamment droit romain et canon[22] » sans oublier le droit intermédiaire et les œuvres napoléoniennes originelles. L'histoire juridique se présente dès lors comme une méthode globale de compréhension du droit contemporain qui, au demeurant, possède la vertu de « former l'esprit au raisonnement juridique à l'exégèse des textes, à une rigoureuse et sobre rédaction des arrêts et des lois[23] ».

Nous retrouverons donc dans cette thèse, une démarche visant à comprendre l'état actuel de notre droit de la « criminalité domestique » au regard de l'évolution des législations antérieures, reflétant les mentalités et les valeurs protégées par le droit pénal. Si le point central de notre étude porte sur l'évolution de la protection d'un certain ordre public, du Code pénal de 1810, que nous nous pourrons appeler Ancien Code pénal, au Code pénal actuel, encore dénommé Code pénal de 1994[24], nous ne manquerons pas de nous intéresser aux législations qui les ont précédés.

Avant d'aborder le sens de notre recherche du point de vue des valeurs protégées, insistons sur les grandes évolutions des orientations pénales depuis le droit de l'ancien régime.

Dans l'Europe monarchique et, plus précisément, dans la France de l'Ancien Régime, outre les actes délictuels de droit commun (comme le vol, le meurtre, …) sont essentiellement réprimés

---

[21] R. FEENSTRA, *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, n°7, p. 300.
[22] E. CARTIER, *op. cit.*, p. 513.
[23] J. GAUDEMET, « Etudes juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit*, 1959, n°4, p. 13.
[24] Le Code pénal actuel est issu de quatre lois promulguées le 22 juillet 1992 et entrées en vigueur le 1er mars 1994 : Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal ; Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes ; Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens ; Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique.

les crimes dits contre nature : l'inceste (qualité de spirituel s'il unit un confesseur à sa pénitente), la bestialité, le suicide,... Les peines applicables étaient particulièrement atroces et infamantes, la pratique de l'enfermement n'était pas encore née. Comme l'a souligné Michel Foucault, à l'éclat des supplices la Révolution substituera l'ombre de l'emprisonnement[25].

La période de droit intermédiaire de la Révolution française a introduit la première codification du droit pénal grâce aux lois des 19 et 22 juillet 1791, relatives aux polices correctionnelle et municipale, et à celles des 25 septembre et 6 octobre de la même année, relatives aux crimes. Inspiré par les idées novatrices de l'italien Beccaria, le législateur révolutionnaire a établi les principes qui fondent notre justice pénale moderne : égalité de tous devant la loi, légalité, proportionnalité et personnalité des peines. L'instauration d'un nouvel ordre politique a eu pour conséquence une attention secondaire portée aux crimes « contre les particuliers » la priorité étant donnée à la répression des crimes et attentats « contre la chose publique ».

Réformant globalement le Code pénal révolutionnaire sans en modifier fondamentalement son architecture, le Code pénal de 1810 va rapidement s'imposer comme un instrument suffisamment efficace pour perdurer, malgré de multiples remaniements durant près de deux siècles. Son ambition étant de délimiter exhaustivement les conduites humaines interdites, par l'introduction d'une répartition tripartite des infractions.

Quant aux grandes valeurs protégées par le Code napoléonien, Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël les synthétisent en trois mots : « empire, famille, négoce »[26]. En effet, si la protection de l'Etat contre les agressions extérieures et les abus de pouvoir continue d'être prioritaire, les intérêts relevant d'une morale dite naturelle sont défendus de façon plus précise, notamment par l'introduction d'incriminations relatives à la famille et aux mineurs[27]. Probablement en raison d'une conception individualiste et matérialiste de l'homme, la défense des « bonnes mœurs » et d'un certain ordre public se manifeste par la présence d'infractions typiques aux valeurs et au régime politique central défendus à cette époque

[25] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. « nrf », 1975.
[26] P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOEL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, France, Hachette, 1989, p. 191.
[27] X. LAMEYRE, *La criminalité sexuelle*, Flammarion, coll. « Dominos », 2000, p.15.

Après une élaboration qui a duré une vingtaine d'années, l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le 1er mars 1994, a marqué la fin de la hiérarchisation bipartite des valeurs jusqu'alors protégées, relatives à « la chose publique » et concernant « les particuliers ». Ainsi, dans l'actuel Code pénal, crimes et délits sont répartis en trois catégories d'atteintes : celles commises « contre les personnes », celles commises « contre les biens » et celles « contre la nation, l'Etat et la paix publique ». Comme l'ont observé Pierrette Poncela et Pierre Lascoumes, désormais « la personne prévaut sur le sujet politique [28]».

Une étude portant sur l'analyse des valeurs protégées par les incriminations domestiques. - Selon Merle et Vitu[29], les criminalistes français qui se sont préoccupés de donner une présentation systématique à la partie spéciale du droit pénal sont bien peu nombreux. Ils entendent par étude systématique, celle consistant à réfléchir sur les incriminations pénales suivant l'intérêt ou la valeur protégée. Force est de constater que les travaux publiés au XIXe siècle et même jusqu'au milieu du XXe siècle se contentent de suivre scrupuleusement les dispositions du Code pénal. Nous partageons l'avis de ces deux auteurs, pour qui cette technique est inévitable quand il s'agit d'un Code pénal annoté comme celui d'Emile Garçon, mais on ne saurait s'en contenter dans une étude comme celle-ci.

La systématisation du droit pénal spécial paraît indispensable à plusieurs titres. D'abord, elle s'impose au législateur. S'il ne peut exister d'Etat sans lois, et conséquemment sans sanctions réprimant les transgresseurs des règles édictées, il est incontestable que chaque société détermine l'étendue de ses prohibitions en fonction des valeurs religieuses, politiques, sociales et culturelles qui l'animent. Le droit pénal traduit fidèlement, à une époque et en un temps donné, l'état des mœurs d'une société[30]. Les conceptions idéologique et politiques de chaque Etat se reflètent dans ses lois répressives, dans la liste des infractions punissables et dans leur hiérarchisation. Il est évident qu'un pays à structure théocratique donnera une place prépondérante aux incriminations religieuses, tandis qu'une société laïque ou libérale, comme l'a été la France au XIXe siècle et jusqu'à ces temps derniers, ignorera les crimes contre la religion et protégera surtout l'individu contre tous les faits qui pourraient le limiter dans sa

[28] P. PONCELA et P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal, Où est passé l'architecte* ?, Paris, PUF, 1998, p. 196.
[29] R. MERLE et A.VITU, « Traité de droit criminel », tome 3 : *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1982, p.25 et s., n° 19 et s.
[30] X. LAMEYRE, *La criminalité sexuelle*, *op. cit.*, p.12.

liberté d'agir. A contrario, dans un État d'inspiration marxiste, seront privilégiées la lutte de la collectivité des travailleurs contre les menées contre-révolutionnaires et la protection des biens et de l'économie publics contre le sabotage. Même sans en avoir conscience, le législateur élabore son droit pénal spécial en fonction des options morales, politiques, économiques ou sociales qu'il entend mettre en avant.

Merle et Vitu nous rappellent que « de son côté, l'interprète ne saurait ignorer la construction d'ensemble du droit pénal spécial[31] ». La portée d'un texte d'incrimination est en partie guidée par la place et le rôle que le législateur lui a assignés dans le système pénal d'ensemble. A titre d'exemple, le domaine d'application de l'immunité des vols entre parents et alliés a pu être étendu à toutes les infractions d'appropriation du bien d'autrui lorsque, comme le vol, elles préjudicient à l'un des membres de la famille ; mais la jurisprudence en a écarté l'utilisation à l'égard de crimes ou de délits dont l'incrimination s'inspire d'exigences différentes, comme les infractions de destruction, de faux, de suppression de correspondance ou de bris de clôture.

Toutefois, la recherche des intentions législatives n'est pas toujours simple, surtout quand les dispositions du Code pénal ne sont pas coordonnées en un ensemble cohérent et logique. De ce point de vue, le Code pénal napoléonien ne peut certainement pas être donné pour un modèle de construction satisfaisante pour l'esprit. Et la difficulté est encore plus grande lorsque, sur un Code ancien, se sont greffées des incriminations nouvelles, disposées sans ordre au milieu des textes précédents.

Pour l'exposé des infractions retenues par notre droit pénal, on pourrait se limiter à suivre de façon linéaire les dispositions contenues dans le Code pénal. Dans celui promulgué par Napoléon, et dans l'ordre où elles se présentent, nous retrouvons : infractions contre la sûreté de l'État, attroupements, infractions contre la constitution, faux-monnayage et faux en écriture, infractions commises par les fonctionnaires, etc. Cette méthode a été suivie par la doctrine française jusqu'à une date récente. Mais en parcourant l'œuvre napoléonienne, le plan suivi n'a concédé aucune place autonome aux infractions contre l'administration de la justice (le faux témoignage et la dénonciation calomnieuse sont glissés au milieu des crimes et délits contre les personnes) ou aux infractions contre la famille (insérées pareillement parmi

[31] *Ibid.*, p. 25.

les infractions contre les personnes). Les infractions commises par les fonctionnaires sont, en réalité, dispersées en plusieurs endroits : la coalition dans le chapitre des atteintes à la Constitution, les concussions, corruptions et abus d'autorité dans le chapitre des crimes et délits contre la paix publique.

La systématisation nous semble être une méthode plus pertinente. Elle consiste, en effet, à partir de la constatation que le droit pénal a pour tâche d'assurer, par des sanctions spécifiques, la protection des valeurs ou intérêts que le législateur estime dignes d'une attention particulière : la vie humaine, l'intégrité corporelle, la famille, certains sentiments tels que la pudeur ou l'honneur, ou encore la sûreté de l'État et sa force dans l'ordre interne ou international, l'économie nationale, la santé publique. Considéré dans cette perspective, le droit pénal spécial n'apparaît plus comme un agrégat disparate d'incriminations qui se succèdent sans lien, mais comme un ensemble cohérent et structuré, directement inspiré par les principes moraux et politiques reconnus par l'État.

Les intérêts protégés par la loi pénale sont nombreux. Certains se constituent en groupes et en sous-groupes, selon une hiérarchie qui en indique le rang et l'importance[32]. Déterminer exactement le bien juridique qu'il entend protéger est d'une importance de premier plan pour le législateur quand il promulgue un texte incriminateur : la structure juridique de l'infraction en dérive immédiatement jusque dans ses plus petits détails. Et dans l'application quotidienne des textes répressifs, le juge statuera d'autant plus aisément sur les espèce qui lui sont soumises qu'il connaîtra mieux les intérêts ou les valeurs que la loi a voulu garantir[33].

Admettre l'existence de valeurs fondamentales n'est pas toujours facile. Une même valeur peut être à l'origine de plusieurs incriminations différentes : la distinction s'opère alors à l'aide de critères tels que celui indiqué précédemment, qui dérivent de l'activité matérielle du coupable, de sa psychologie, du résultat provoqué, de la qualité de la victime, et qui révèlent à cette occasion leur rôle secondaire. Aussi la vie humaine est-elle en droit français, protégée

[32] Ainsi le bien juridique de la sûreté de l'État constitue une catégorie large qui coiffe d'autres biens plus particuliers, tels que l'intérêt à l'intégrité territoriale, l'intérêt au maintien d'un certain niveau moral dans l'armée ou dans la Nation, l'intérêt à la force ou à l'autonomie de l'État en face des États étrangers, l'intérêt à l'existence de relations pacifiques avec les nations étrangères.

[33] R.MERLE et A.VITU, « Traité de droit criminel », tome 3, *op. cit.* p.27 n° 22.

par les incriminations de meurtre, d'assassinat, d'empoisonnement, de parricide, d'homicide par imprudence, de coups mortels. L'élément moral (la préméditation dans l'assassinat, la volonté simple pour le meurtre, la négligence ou l'inattention dans l'homicide par imprudence), le mode opératoire (emploi d'une substance toxique dans l'empoisonnement), la personnalité de la victime ou le modèle social (l'ascendant du coupable dans le cas du parricide), permettent de distinguer entre elles ces diverses atteintes à la vie humaine.

A l'inverse, une même infraction peut porter atteinte à plusieurs valeurs. L'abandon pécuniaire de la famille est en même temps une méconnaissance de la solidarité familiale et une désobéissance à la décision judiciaire qui a fixé la pension alimentaire due. Mais, généralement, l'un des intérêts l'emporte sur les autres et donne sa teinte principale à l'infraction : il est logique de voir dans l'abandon pécuniaire d'abord une infraction contre la famille, qu'il faut placer parmi les délits dirigés contre ce bien juridique qu'est la famille.

Acceptée par de nombreux pénalistes, ou en tout cas de façon implicite, la systématisation du droit pénal spécial autour de la notion d'intérêt protégé servira de fil conducteur à notre étude.

Le milieu domestique en tant que lieu de commission d'infractions et les liens qui unissent ses habitants en tant que circonstances personnelles seront donc abordés sous l'angle des transformations de leur prise en considération par le législateur. Ce dernier a évolué suivant un double mouvement, d'abord, en abonnant progressivement la protection d'une morale post révolutionnaire jugée désuète (**PARTIE 1**) et ensuite, en intervenant par la création d'incriminations ou d'aggravations nouvelles visant à protéger les victimes privilégiées de cet univers confiné (**PARTIE 2**)

PREMIERE PARTIE

LA PROTECTION DECLINANTE D'UNE MORALITE DESUETE

S'il paraît évident, aujourd'hui, que l'homme se trouve au centre de notre système juridique et de la protection que lui accorde le droit pénal[34], ce ne fut absolument pas le cas en 1810, lors de la promulgation de l'ancien Code pénal. Ce dernier a, en effet, consacré une série d'incriminations ayant pour but de protéger des valeurs inscrites à la fois dans la morale et dans notre Ancien Droit, depuis ses premières législations. Ces incriminations avaient notamment pour vocation de soutenir les bases du pouvoir napoléonien et les principes fondateurs de la société de l'époque. A titre d'exemple, le crime de banqueroute aggravée a été inscrit dans l'ancien Code pour protéger les valeurs économiques d'une société en pleine expansion dans le domaine commercial.

S'agissant de ce qu'il convient de nommer la criminalité domestique, le législateur de 1810 n'a pas oublié d'imprégner le droit pénal de mesures répressives visant à défendre la maison et les valeurs sociales qui y sont historiquement attachées, telles que le respect de la puissance paternelle ou la propriété des biens du maître de maison ou encore le devoir de ne pas porter atteinte au nombre des naissances des futurs citoyens français.

Il n'est donc pas surprenant de voir inscrites au centre du Code napoléonien, des infractions comme le parricide et l'infanticide. Largement inspirés par les valeurs de la famille et plus

[34] Sur la question de l'interdépendance entre le droit et l'Homme, *cf*. S. TZITZIS, *La personne, l'humanisme, le droit, Laval*, Presses de l'Université de Laval, 2001.

encore d'un modèle de famille encadrée par l'Etat, sous l'autorité d'un *pater familias*, ces crimes considérés comme particulièrement odieux étaient sanctionnés d'une peine exemplaire.

L'ancien Code pénal n'a pas non plus manqué de consacrer l'aggravation de domesticité appliquée aux atteintes aux biens, qui existait sous l'Ancien Droit. Cette mesure consistait à aggraver la peine des auteurs de vol et par la suite d'abus de confiance lorsque ceux-ci étaient commis par un domestique. Au moyen d'une répression aggravée, l'intimité domestique et la confiance donnée aux personnels de maison a fait l'objet d'une protection pénale renforcée. Dès les décennies qui ont suivi leur édiction, les mesures prises en faveur de la défense des valeurs jugées essentielles sous le règne de Napoléon 1er ont présenté un intérêt décroissant dans une société où la préoccupation première fut d'effacer les inégalités à la fois naturelles et sociales.

C'est ainsi que du Code pénal de 1810 à celui de 1992, les infractions de parricide, d'infanticide et de vol de domestique ont évolué dans un sens similaire. Après avoir été, dans les premières années de l'ancien Code, les infractions les plus protectrices de ce que le législateur avait jugé comme étant essentiel dans l'univers domestique, elles sont tombées, au fil du temps, en disgrâce en raison probablement d'une jurisprudence et d'une législation plus proches des réalités sociologiques et criminologiques, privilégiant de plus en plus la protection de la partie faible au détriment de valeurs considérées comme désuètes. La décadence de ces trois infractions soutenant nettement les valeurs de l'ancien régime et de l'état napoléonien a été marquée par deux mouvements.

En premier lieu, il s'est agi d'un affaiblissement notable de la répression du parricide. Celui-ci a été, en effet, rétrogradé au rang de circonstances aggravantes. Le meurtre du père a ainsi souffert d'une mutation de régime juridique passant d'un crime autonome à une simple infraction aggravée (**TITRE 1**). En second lieu, l'infanticide et le vol de domestique ont, pour ce qui les concerne, subi un tel déclin, que le législateur les a purement et simplement supprimés du Code pénal, et profitant d'une réforme, il a dernièrement repensé les immunités relatives au vol dans le milieu domestique (**TITRE 2**).

TITRE 1

L'EVOLUTION VERS LA CONVERSION : DU PARRICIDE AU MEURTRE AGGRAVE

Parmi les infractions « domestiques » dont l'évolution a traduit le déclin d'une certaine forme de protection de la morale, il en est une particulièrement symptomatique : le parricide. Tuer ses parents constitue dans l'esprit de chacun un acte inimaginable, inavouable. Selon certains, cela représenterait même le crime le plus odieux que l'individu puisse commettre. Au terme « parricide », la Grande Encyclopédie indiquait que « de tous les crimes le plus contraire à la nature, il soulève une horreur que les législateurs ont souvent traduite en édictant la répression la plus rigoureuse[35] ». Pour Cesare Lombroso, le crime de parricide devait être considéré comme figurant parmi « les crimes les plus affreux, les plus barbares[36] ».

Ce sentiment s'explique en ce que le parricide remet en cause les sentiments familiaux ancrés en chaque individu. Raffaele Garofalo y voyait un acte contraire au sentiment de pitié qui caractérisait l'espèce humaine[37]. Les études médico-légales sur le parricide l'envisageaient même comme une « anomalie morale », et comme « de tous les crimes, le plus monstrueux »,

[35] SUEUR, « Parricide », *La Grande Encyclopédie*, inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts, Paris, Société anonyme de la grande encyclopédie, 1886, Tome 25, p. 1192.
[36] C. LOMBROSO, *L'homme criminel : criminel né, fou moral, épileptique, Etude anthropologique et médico-légale*, Paris, F. Alcan, 1887, p. 128.
[37] R. GAROFALO, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris Alcan, 1888, p. 37-38.

« parce que c'est celui qui blesse les sentiments de sympathie qui sont nés en nous les premiers, qui sont par conséquent, les plus solidement ancrés au fond de notre conscience[38] ».

En réalité, outre la qualification et le régime particulier que lui attribue le droit pénal, le parricide n'est autre, d'un point de vue purement matériel, qu'un homicide volontairement commis sur un parent dont la vulnérabilité ne semble pas devoir exiger la création d'une incrimination particulière. Donnedieu de Vabres explique le fondement de ce crime par ce que : « les considérations d'utilité ne suffisent pas à justifier le traitement sévère dont ce crime, que la loi punit de mort, est l'objet. Le parricide n'est pas, au point de vue social, un acte plus redoutable que le meurtre, que la loi frappe seulement des travaux forcés. Il présente à un degré moins élevé le danger de contagion, parce qu'il révolte un sentiment ancré au cœur de l'homme. Le supplément de rigueur qui l'atteint s'explique par des raisons d'ordre moral [39]».

Ce sont donc des règles d'ordre moral, plus que la simple protection de l'intégrité du corps, qui sous-tendent le crime de parricide. Ainsi, la répression du parricide se décline en parallèle avec la protection d'une certaine morale par le Code pénal. La preuve la plus évidente est le passage de l'infraction autonome de parricide érigée ainsi depuis le droit romain à celle d'homicide volontaire aggravé en 1992. Avec cette mutation de l'incrimination de parricide, c'est toute une représentation de la société, liée en partie à la protection d'un certain ordre dans l'univers domestique, qui se trouve altérée. (**Chapitre 1**)

Aussi l'abrogation du parricide est-elle consubstantielle au déclin de la puissance du père. Cette tendance semble être révélatrice du paradoxe qui a entouré le parricide de 1810 à 1992 : un acte méprisable qui attire néanmoins la clémence des législateurs successifs et des jurés. (**Chapitre 2**)

---

[38] F. RAOUL, *Le parricide au point de vue médico-légale*, Thèse d'exercice de médecine, Université de Lyon, Lyon, A. Stock, 1901, p. 34.

[39] H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ème édition complétée et mise à jour, Paris, Sirey, 1947, p. 15, n° 15.

CHAPITRE 1

AUX ORIGINES D'UN CRIME SINGULIER

Platon qui envisageait le crime comme une maladie et le criminel comme un malade[40], avait proposé un régime spécial de la peine applicable au parricide selon que la victime avait ou non excusé son geste avant de mourir[41]. Il estimait, par ailleurs, que même sous l'empire de la colère, un parricide ne pouvait être excusé de son geste.

A l'évidence, à toutes les époques le meurtre des parents a été considéré comme un acte sévèrement sanctionné (**Section 1)** et le Code pénal de 1810 n'y a pas fait exception. Toutefois une contradiction est rapidement apparue s'agissant du régime répressif mis en œuvre. En effet, même s'il s'agit d'un crime *sui generis,* particulier et différent du meurtre même aggravé, l'adjonction, par touches successives, d'éléments constitutifs a rendu le parricide de plus en plus difficile à caractériser. La difficulté d'incrimination a diminué *de facto* le nombre d'affaires de cette nature devant les cours d'assises. Si l'on envisage la peine prononcée à l'encontre des parricides, force est constater qu'elle n'a cessé d'être écourtée, par le double effet des atténuations de peine dont bénéficiaient les auteurs et de la diminution de la peine prévue par les textes répressifs (**Section 2**).

---

[40] A. LACASSAGNE, « La peine de mort et criminalité », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1908, tome XXIII, p. 58.

[41] « Supposons maintenant qu'une personne soit si peu maîtresse de sa colère, à l'égard de ses père et mère, qu'elle aille, emportée par la fureur, jusqu'à tuer l'un d'entre eux. Si celui-ci, avant de mourir, l'absout volontairement du meurtre, quand elle se sera purifiée comme ceux qui ont commis un homicide involontaire et qu'elle aura accompli les mêmes pratiques, elle sera déclarée pure. Mais si sa victime ne lui pardonne pas le crime qu'elle a commis, elle sera asservi à de nombreuses lois : elle sera exposée aux peines les plus sévères dont on punit les voies de fait, l'impiété et le sacrilège qui lui a fait ôter la vie à qui la lui a donnée, en sorte que s'il était possible de faire mourir plusieurs fois le même homme, celui qui a tué son père ou sa mère mériterait fort justement de subir plusieurs fois la mort ; car de quelle autre manière la loi pourrait-elle infliger le châtiment qu'il mérite au seul homme à qui elle ne permet pas, même pour défendre sa vie menacée par ses parents, de tuer le père ou la mère qui lui ont donné le jour, et qui doit tout souffrir avant que d'en venir à cette extrémité ? En conséquence, nous décidons que celui qui aura tué son père ou sa mère dans un mouvement de colère sera puni de mort » *in* PLATON, *Les lois*, tome 1, Paris, Flammarion, 2006, p. 126.

Section 1 – Un acte combattu

Le Code d'Hammourabi prévoyait que « *si un enfant a frappé son père, on lui coupera les mains* [42]». Par la suite, les législations romaines de l'antiquité (**I**) ont décidé de faire du parricide un acte particulièrement et durement réprimé. L'évolution législative de l'Ancien Droit et l'édiction du Code pénal napoléonien n'y ont apporté aucune transformation (**II**).

I. Les législations antiques

A toutes les époques, le parricide a provoqué une discussion sur son champ d'application. Plus précisément, la question s'est toujours posée de savoir à qui devait s'appliquer cette infraction. En somme, le parricide est-il l'auteur du meurtre d'un proche parent ou plus restrictivement l'auteur du meurtre de ses père et mère ?

Cette incertitude juridique provient probablement de la politique pénale adoptée par les législateurs selon les sociétés, et plus incontestablement du sens que les interprètes de la loi ont voulu donner au terme originaire : *parricidium*, désignant en latin le parricide. L'étymologie de *parricidium* est incertaine, certains traducteurs le font naître de *patris caedes*, signifiant littéralement le meurtre du père tandis que d'autres lui donnent pour origine *pari caedes*, pouvant être traduit par le meurtre d'un égal[43].

[42] Code d'Hammourabi § 195 : Le Code de Hammurabi est un texte juridique babylonien daté d'environ 1750 av. J.-C., à ce jour le plus complet des codes de lois connus de la Mésopotamie antique – *cf*. notamment sur le sujet : J. BOTTERO, « Le "Code" d'Hammurabi », *dans Mésopotamie, L'écriture, la raison et les dieux*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Histoire », n°81, 1997.

[43] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel,* tome 3, *op. cit.*

En droit romain archaïque. - Le droit romain archaïque[44] utilisait le mot *parricidium*[45] pour désigner l'homicide volontaire commis sur une personne libre ; ainsi, le parricide n'était pas traité différemment qu'un meurtrier[46]. Une loi de Numa Pompilius, au VIIe siècle avant Jésus Christ,[47] et plus tard, la loi des Douze Tables disposaient que « si quelqu'un tue sciemment et avec préméditation un homme libre, qu'il soit *parricidias* ». Dans cette formule, *parricidias* prend le sens d'homicide[48]. Certains auteurs expliquent cette conception extensive du parricide par le fait qu'à l'origine le substantif *parricida* s'appliquait au meurtre d'un membre de la « *gens* » par un autre, celui-ci étant assujetti à l'autorité de son chef et soumis à la loi privée. Par la suite, le passage de l'exercice de la justice de la « *gens* » à la cité a étendu son sens pour devenir, d'une façon générale, le meurtre d'un homme libre[49]. Toutefois, selon Garraud, des interprètes de la loi de Douze Tables ont donné au parricide un sens plus étroit, en le définissant comme le meurtre du père commis par le fils[50].

Cette interprétation paraît discutable, car si l'on se place à la même époque en Grèce ou à Rome, le meurtre du père paraissait parfaitement inimaginable. Plutarque expliquait cette absence de répression spécifique par le fait qu'un crime aussi monstrueux aurait été inconcevable dans la société romaine primitive. Il ajoutait qu'« il ne s'est trouvé personne à Rome qui ait commis tel crime l'espace de 600 ans durant[51] ». Quant à Solon, interrogé sur la question de savoir pourquoi il n'avait pas établi de supplice pour les parricides, il répondait qu'il était impossible de trouver quelqu'un capable de commettre un si grand crime[52]. Le

---

[44] La période dite « archaïque » est celle qui s'étend de la fondation légendaire de Rome en 753 avant JC jusqu'au milieu du IIe siècle avant JC.

[45] *Cf*. pour une étude historique complète du parricide : Y. THOMAS, « *Parricidium*, le père, la famille, la cité, la lex Pompeia et le système des poursuites publiques », *Mélanges de l'Ecole française de Rome, Antiquité*, 1981, vol. 93, n°2, p. 643-715 et P. LEGENDRE, *Autour du parricide*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, coll. « Travaux du laboratoire européen pour l'étude de la filiation », 1995.

[46] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, n°24.

[47] *L.2, Dig., De orig. juris.* cité par A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal, 5e Ed., entièrement revue et considérablement augmentée*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872, n°1198 et par R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome IV, Paris, Sirey, 3ème édition, 1922, n°1866.

[48] J. IMBERT, *La peine de mort*, , 2ème édition, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, p.11.

[49] J.-P. BOUCHARD, « Evolution sémantique, pénale et répressive d'un crime hors du commun : le parricide », *Revue d'études et d'informations de la gendarmerie nationale*, n°185, 3ème trimestre 1997, p. 57.

[50] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.* n°1866.

[51] PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres*, traduit par J. Amyot, Paris, France, Gallimard, 1951, p.67-68.

[52] Cl.- J. FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique.* Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée, Paris, Chez la Veuve Brunet, imprimeur libraire, 1769, v° « Parricide », p. 289.

législateur d'Athènes estimait que le sentiment de la piété familiale suffisait à freiner de tels actes[53].

Pour reprendre Ferrière, « les autres législateurs de Grèce et ceux de Rome ont fort bien jugé que le cœur humain a dans lui le levain des crimes les plus horribles ; et qu'il y a terrains naturels où ce levain domine tellement, qu'il leur est très facile de commettre des crimes qui sont très difficiles à croire[54] ». Malepeyre, avocat à la cour de Paris, ajoutait qu'« une funeste expérience vint bientôt prouver aux législateurs de la Grèce et de Rome, qu'il y a des tigres à face humaine capables des plus grands forfaits[55] ». Partant de ce constat, le parricide, au sens strict, a commencé à être sanctionné de façon distincte. On lui appliquait alors la peine symbolique et non moins sévère du *culleus* – le sac. Cette peine consistait à fouetter le condamné jusqu'à effusion de sang, puis à l'enfermer dans un sac accompagné de quatre animaux considérés à Rome comme féroces et laids : un chien, un singe, un coq et une vipère. A la suite de quoi, le sac était plongé dans la mer ou la rivière la plus proche. En réprimant le parricide par le *culleus*, les romains ont surtout voulu expulser ces criminels pour l'éternité du monde des vivants, car croyaient-ils, les spectres des condamnés ne traverseraient pas l'eau. Précisons également que le parricide entrait dans la catégorie des crimes imprescriptibles et le Digeste indiquait à ce titre que le meurtrier pouvait être poursuivi et accusé jusqu'à sa mort[56].

En droit romain classique. - Au I[er] siècle avant notre ère, la *lex Pompeia de parricidiis* a remplacé la peine du sac par celle applicable aux homicides de droit commun, à savoir « l'interdiction de l'eau et du feu ». La peine «*aquae et ignis interdictio »* se traduisait par un bannissement du condamné hors des murs de la ville. La *lex Pompeia de parricidiis* a donné l'occasion à la législation romaine de définir précisément le parricide, en conférant au terme *parentem,* contenu dans l'incrimination, le sens de parent jusqu'au quatrième degré. Dès lors, le parricide réprimait le fait de tuer volontairement des ascendants, descendants[57], frères et

[53] A. JOCCOTTON, « Des circonstances atténuantes en matière de parricide », *Revue pratique de droit français*, 1[er] semestre 1858, vol. 1, p. 37.
[54] Cl.- J. FERRIERE, *op. cit.,* v° « Parricide », p. 289.
[55] M.-L. MALEPEYRE, *Précis de la science du droit criminel et pénal*, Paris, Bachelier, 1830, p. 52.
[56] A. JOCCOTTON, « Des circonstances atténuantes en matière de parricide », *op. cit*., p. 38.
[57] Exception faite du droit d'exposition des nouveau-nés par le *pater familias*.

sœurs, oncles et tantes, cousins germains, conjoints, beaux-parents, patron et patronne[58]. Même si dans la pratique, le *culleus* n'avait pas totalement disparu, la Constitution de l'empereur Constantin de 318 l'a réinstauré, mais en l'appliquant aux parricides dans sa définition la plus étendue[59]. Cette longue controverse cherchant à définir les contours de l'infraction de parricide a incité les criminalistes à distinguer le *parricidium proprium* du *parricidium improprium*. Tandis que le premier se commettait contre un ascendant ou un descendant, le second était intenté contre un époux, un autre parent ou un allié.

II. Les législations françaises de l'Ancien Droit jusqu'au Code de 1810

Dans l'Ancien Droit. - Sous l'Ancien Droit[60], les coutumes réservaient logiquement un sort plus sévère aux parricides proprement dit, en les condamnant à des peines spéciales dont le caractère symbolique était fortement marqué. Les auteurs de l'époque regrettaient l'absence de lois offrant une définition explicite du crime de parricide. Muyart de Vouglans affirmait : « nous n'avons aucune loi où il soit fait mention expresse de ce crime, en sorte que nous n'avons d'autres règles que celles établies par la jurisprudence des arrêts[61] ». Jousse définissait le parricide comme « le crime de celui qui procure la mort de ses père et mère, aïeul ou aïeule ou autres ascendants, soit par violence ou par poison, soit de quelque manière que ce soit [62]». Ferrière, dans son célèbre *Dictionnaire de droit et de pratique* expliquait, quant à lui, que le « parricide, dans sa propre signification, est un homicide commis en la personne des pères et mères, aïeuls et aïeules, et autres ascendants ; en la personne des enfants, petits-enfants et autres ascendants en ligne directe. Mais dans une signification plus étendue, il signifie tout homicide commis en la personne de ceux qui nous tiennent lieu de père et mère, ou auxquels nous sommes si étroitement unis par la nature, que cet homicide soit dénaturé. Et c'est dans

[58] *L. 1, Dig., Ad leg. Corn. de sicariis*., cité par R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., p. 170.
[59] J.-.M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit.* n°24.
[60] L'Ancien Droit est le droit de l'Ancien Régime
[61] MUYART de VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, La société de typographie, 1781, p. 176.
[62] D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, Paris, Debure père, 1771, vol. 4, p.1.

ce sens qu'on appelle parricide celui ou celle qui tue son frère ou sa sœur, son oncle ou sa tante, et même ceux qui par alliance nous tiennent lieu de père et de mère, de fils ou de fille[63] ». Quant aux peines applicables aux auteurs, au nom du principe de l'arbitraire des peines, elles variaient selon les juges, suivant l'atrocité des circonstances et la qualité des personnes. Ordinairement, le fils qui tuait ou qui empoisonnait son père ou sa mère était condamné à faire amende honorable et à avoir le poing coupé avant d'être rompu vif. Son corps était ensuite jeté au feu. Si l'auteur était une femme, elle était brûlée ou pendue[64]. Jousse relate également un certain nombre de peines significatives tirées de la jurisprudence des Parlements. A l'instar d'un parricide niortais qui a été traîné sur une claie, tenant une torche ardente d'un poids de deux livres. Il sera ensuite tenaillé avant d'être brûlé. Enfin, le bourreau lui a rompu les bras et les jambes[65].

En droit intermédiaire. - Le droit intermédiaire a poursuivi la répression du parricide mais dans un sens plus strict. Le Code pénal de 1791, dans l'article 10 de son titre 2, décrivait cette infraction comme le « meurtre commis dans la personne du père ou de la mère légitimes ou naturels, ou tous autres ascendants légitimes du coupable ». Le criminel était puni de la peine de mort, mais avec cette particularité d'avoir la tête et le visage voilé d'une étoffe noire[66].

Le Code pénal napoléonien. - Le Code pénal de 1810 étendait cette disposition dans son article 299 au meurtre « des père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs ou tout autre ascendant légitime ». Le Code pénal napoléonien se caractérise dans ce domaine, non par une rupture complète avec le système ancien, mais par son effort de clarification et de précision des notions qu'il définit. La section consacrée aux homicides volontaires était intitulée : « meurtre et autres crimes capitaux » ; ces crimes étaient énumérés par l'intitulé du paragraphe premier : « meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement ». Procédant ainsi, le législateur de 1810 a tenté de rationaliser la classification des crimes dits de sang.

---

[63] Cl.- J. FERRIERE, *op. cit*., v° « Parricide », p. 289., *cf*. également D. JOUSSE, *op. cit.,* p. 2, qui ajoute par ailleurs l'hypothèse de l'uxoricide.
[64] D. JOUSSE, *ibid.,* p. 4.
[65] *Ibid*. p. 6.
[66] P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2ème édition, 1995, p. 97.

Section 2 – Un acte d'une détermination complexe

La jurisprudence et la doctrine majoritaire ont de tout temps considéré le parricide comme un crime *sui generis*, que d'aucun pourrait qualifier d'unique en son genre (**I**). On peut entrevoir dans cette conception la preuve d'une certaine singularité. Depuis 1832, ce crime est devenu au fil des réformes de plus en plus difficile à caractériser. Cette difficulté tenait principalement à l'adjonction d'éléments constitutifs nouveaux (**II**).

I. Le parricide : une infraction autonome

La volonté de protéger de façon particulière les père et mère de famille, et par-là même de stigmatiser les auteurs de tels faits, se perçoit dans le caractère autonome de l'infraction de parricide (**A**). Cette tendance se retrouve également dans la répression du parricide, lorsqu'une pluralité d'auteurs, dont le fils, a participé au crime (**B**).

A. Une infraction *sui generis*.

Le caractère particulier du parricide est saisissable à travers la qualité de la victime qui devient pour ce crime un véritable élément constitutif[67]. Le parricide n'est donc pas un meurtre aggravé[68] par la nature du lien entre la victime et l'auteur, mais bien une infraction

[67] G. LEVASSEUR, « Infractions contre les personnes », *Rev. Sc. Crim*. 1987, p. 425.
[68] Le droit belge, en revanche, a considéré que le parricide devait être une circonstance aggravante du meurtre, *cf*. Cass. 2ème Ch. (Belg.) 6 octobre 1849 cité par J.-P. DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine*, l'Université de Liège, 1979, p. 139, note n°37.

autonome[69]. La position adoptée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation est acquise de longue date[70] et est restée intacte jusqu'aux dernières années d'existence de l'incrimination[71] : « Le crime de parricide est un crime spécial et distinct de l'homicide volontaire, le rapport de la filiation qui unit l'auteur à la victime ne forme pas une circonstance aggravante du meurtre, mais bien un élément constitutif d'un crime différent[72] ». La circonstance que la victime était le père ou la mère de l'accusé se trouve donc être un « élément principal et constitutif du parricide[73] ».

Si l'on s'en tient à une définition stricte du caractère *sui generis* de ce crime, les circonstances de préméditation et de guet-apens sont donc sans influence légale dans les accusations puisque le parricide est défini comme un meurtre. Or, les questions posées au jury réintroduisent parfois ces notions, surtout celle de préméditation, sans pour autant que ce questionnement, revendiqué par certains auteurs[74], soit invalidé par la Cour de cassation. Avec évidence, c'est la solution doctrinale qui tend au fil du siècle à s'imposer aux dépens de la solution jurisprudentielle, si bien que le parricide est, à l'instar de l'assassinat, traité comme un meurtre aggravé et non comme un crime *sui generis*. « Par cette dissociation des éléments qui le constituent, les magistrats reprennent la maîtrise d'un acte considéré comme un tout[75]. »

B. <u>La répression spécifique étendue au complice.</u>

Le caractère autonome du parricide a également pour incidence de rendre applicable au complice la peine de l'auteur du crime. « Les complices du crime de parricide doivent être punis de la même peine que le parricide lui-même ; la circonstance aggravante qui caractérise ce crime est inhérente au crime même, et aucune disposition du Code pénal n'a excepté les

---

[69] *Cf. contra* R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 2ème édition, 1898, n°1871, p. 179 : « Nous avons déjà dit que dans notre opinion, le parricide n'était pas un crime *sui generis*, mais une espèce de meurtre, un meurtre aggravé. »
[70] Cass. Crim. 5 avril 1838, *Bull. crim*. n°92 ; Cass. crim. 16 juillet 1842, *Bull. crim*. n°184.
[71] Cass Crim. 16 juin 1993, pourvoi n° 93-80092.
[72] Cass Crim. 11 septembre 1851, *Bull. crim*. n°382 bis.
[73] Cass Crim.. 6 janvier 1870, *D.* 1870, 1, 381.
[74] R. LAJOYE, *De la préméditation dans le parricide et dans l'infanticide,* Paris, A. Parent, 1875, p.22
[75] S. LAPAPLUS, « Le parricide comme exacerbation des violences familiales au XIXe siècle » *Trames*, n° 5, 1999, p. 135-147.

complices du crime de parricide de la disposition générale contenue dans l'article 59 du Code pénal[76] ».

L'emprunt de pénalité. - Le complice d'un parricide emprunte donc la pénalité de l'auteur de l'infraction. Il s'agit de l'illustration de ce que la doctrine a qualifié de « circonstances aggravantes mixtes ». Celles-ci étaient qualifiées ainsi, parce que les circonstances qui aggravaient la peine du complice tenaient à la fois aux circonstances de l'infraction et à la personne de l'auteur[77]. Toutefois, la dénomination de circonstances aggravantes semble impropre dans la mesure où la filiation de l'auteur correspond à un élément constitutif du parricide. En tout état de cause, à la différence des circonstances purement personnelles à l'auteur de l'infraction, la jurisprudence les a étendues au complice[78]. De cette façon, le complice d'un parricide encourait la peine de mort jusqu'en 1981, alors même qu'il ne possédait aucune filiation avec la victime.

La complicité corespective. - Parfois, les circonstances du crime étaient telles qu'il paraissait impossible d'en déterminer précisément l'auteur. La jurisprudence retenait alors la qualité de coauteurs à l'égard de l'ensemble des protagonistes. Mais, les juges n'ont pas qualifié de façon distributive les coauteurs de meurtrier et de parricide selon le lien qui les unissait à la victime. Au contraire, ils ont préféré recourir à la théorie de la complicité corespective[79], aux termes de laquelle : « lorsque le crime a été commis conjointement par deux personnes, cette coopération mutuelle, dans laquelle toutes deux se sont aidées et assistées dans les faits qui ont consommé le crime, s'assimile moralement et légalement à la complicité proprement dite[80] ». De cette façon, le complice qui participait au meurtre du parent de l'auteur était sanctionné comme s'il en avait été lui-même l'auteur.

A l'inverse, si le fils ou la fille de la victime était complice du meurtre de son père commis par une tierce personne, celui-ci ne pouvait pas être considéré comme parricide, dès lors il

---

[76] Cass Crim. 3 décembre 1812, *Bull. crim.* n°256 ; Cass. Crim. 30 septembre 1853, *Bull. crim*. n°490.
[77] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, à jour au 15 septembre 2005*, 12e édition, Paris, Economica, 2005, n°560, p. 537.
[78] Cass Crim.. 11 septembre 1812, *Bull. crim*. n°256 ; Cass Crim.. 24 mars 1853, *Bull. crim* n°110 : « la peine du parricide est applicable au coauteur aussi bien qu'au complice de ce crime. »
[79] « Le coauteur aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action et devient nécessairement son complice », Cass Crim. 15 juin 1860, *S.* 1861, I, 398.
[80] Cass Crim.. 9 juin 1848, Igneux, *S*. 1848, 1, 527, *D*. 1848, 1, 154.

n'encourait que la peine réservée à l'auteur d'un meurtre. La pratique a remédié à ce qu'elle considérait comme injuste. La tendance a été de considérer que, dans de telles affaires, auteur et complice étaient en réalité tous deux coauteurs de façon à leur appliquer la peine du parricide[81], la doctrine appela cette approche « la coactivité corespective [82]». Donnedieu de Vabres expliquait cette pratique en ces termes : « il est tout à fait scandaleux, dit-on, de voir le fils complice du meurtre de son père, échapper à la peine du parricide[83] ». Garraud, qui ne partageait pas cette opinion, la justifiait néanmoins : « les enfants qu'ils soient auteurs principaux ou simplement complices doivent toujours être considérés comme parricides, parce que leur qualité est indélébile, quelle que soit la part qu'ils ont prise au crime[84] ».

II. Le parricide : une infraction de droit commun incluant des éléments constitutifs *ad hoc*.

Le parricide emprunte pour partie les caractères de l'homicide volontaire avec cette particularité d'être commis sur la personne d'un être proche de l'auteur. La victime occupe donc une place importante dans la détermination de l'infraction. A cet égard, la Cour de cassation dira de celle-ci qu'il s'agit « d'un crime spécial, distinct de l'homicide volontaire et comprenant parmi ses éléments constitutifs le rapport de filiation entre le coupable et la victime[85] ».

Pour Garraud, « ce qui caractérise le parricide, c'est l'existence d'un lien de parenté entre le meurtrier et sa victime. Dans ce cas, l'agent a méconnu le devoir général, imposé à tous les hommes, de respecter la vie humaine, mais il a également violé le devoir plus spécial, qui lui

[81] Cass Crim.. 10 janvier 1952, *Bull. crim*. n° 11 : « le coauteur du meurtre d'une mère de famille par son fils est nécessairement passible de la peine des parricides, mais c'est à condition qu'il ait agi conjointement avec le fils de la victime ».
[82] Y. MAYAUD, *Rép. pén.*, v° « Meurtre », 2006.
[83] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit*, n° 454, p. 266.
[84] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°1872, p. 180.
[85] *Cf*. notamment Cass Crim. 14 avril 1937, *Gaz- Pal*. 1937, 2, p. 141.

incombe personnellement, de respecter la vie de ses proches[86] ». Ainsi le parricide a été défini à l'article 299 du Code pénal de 1810, comme l'homicide, commis sur la personne des père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime.

A travers l'examen attentif de ses éléments constitutifs et de l'évolution de son régime, il est aisé de remarquer que la répression du parricide perd de sa sévérité au fil des réformes. La rigueur de la loi tend à s'amenuiser tout au long des XIXe et XXe siècles. Ainsi, le parricide suppose que soit au moins réuni l'ensemble des éléments constitutifs du meurtre : un acte matériel de nature à donner la mort et une intention homicide.

L'élément matériel du parricide ne pose aucune difficulté particulière concernant le parricide. L'esprit humain est suffisamment riche d'imagination pour inventer les moyens de parvenir à ses fins[87].

L'élément le plus déterminant reste à l'évidence l'élément intentionnel du parricide, qui suivant celui du meurtre, a nécessité suite à la loi du 28 avril 1832 une réelle volonté de donner la mort. En effet, le meurtre a été, durant les premières années du Code pénal de 1810, un crime dont les éléments constitutifs pouvaient être facilement caractérisés, dès lors que les coups portés et blessures infligées l'ont été volontairement et que la mort s'en était suivie ; il n'y avait donc nul besoin de s'intéresser à la volonté homicide de l'auteur du parricide. Il est donc clair que la réforme de 1832 a été la première érosion apportée à la détermination du crime de parricide. L'*animus necandi* n'a pas été le seul élément renforçant la détermination du parricide. Pour qu'il soit pleinement constitué, le parricide nécessite, en sus, un lien de filiation entre l'auteur du meurtre et sa victime.

La caractérisation du parricide pose deux difficultés essentielles. La première, d'ordre intentionnel, se rapporte à la connaissance par l'auteur de ce lien (**A**), tandis que la seconde concerne l'étendue de la filiation visée par l'article 299 du Code pénal (**B**).

---

[86] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, p. 167.
[87] Pour un exemple de parricide *cf*. notamment M. FOUCAULT, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère*, coll. Folio / Histoire, Paris, Gallimard, 1994.

A. La nécessaire caractérisation d'une double intention

Reprenant les éléments légaux constitutifs du crime de parricide, la jurisprudence a déduit la nécessité pour l'auteur d'une volonté homicide (**1**) et une connaissance de la filiation qui l'unit à la victime (**2**).

1. L'introduction d'un élément déterminant pour le parricide : l'animus necandi

L'élément moral du meurtre dans le Code de 1810. - Le Code pénal de 1810 définissait à l'article 295 le meurtre comme « l'homicide commis volontairement ». A cette date, le législateur n'avait pas créé l'incrimination de coups mortels. Comme dans l'Ancien Droit, le Code ignorait l'infraction praeter-intentionnelle[88] dont l'incrimination ne devait être introduite que sous la monarchie de juillet. A cette époque, l'individu qui avait causé la mort d'autrui en lui portant des coups ou en lui infligeant des blessures volontairement, se rendait coupable d'homicide. Autrement dit, lorsque les violences ont été volontaires et que la mort s'en est suivie, l'homicide est qualifié de meurtre quand bien même l'auteur n'avait eu aucune intention de tuer. La Chambre criminelle avait d'ailleurs affirmé à cet égard qu' « il n'est pas nécessaire, en effet, pour constituer ce crime, que l'auteur des coups qui ont donné la mort, ait eu le dessein de tuer, qu'il suffit que les coups aient été portés volontairement[89] ». Il n'existe alors que deux catégories d'homicides, l'homicide volontaire de l'article 295 du Code pénal et l'homicide involontaire de l'article 319. Dans la mesure où n'existe aucun régime intermédiaire entre le meurtre et l'homicide involontaire, la seule volonté de nuire par des actes de violences, suffit à caractériser l'élément moral du crime de meurtre, lorsque la mort survient *in fine*. Le meurtre peut ainsi être envisagé comme une infraction quasiment de résultat.

Le parricide, à l'instar de l'homicide volontaire, était donc constitué par le double constat de la mort de la victime et de la volonté de nuire (en portant des coups par exemple) qui animait

[88] Une infraction est dite intentionnelle lorsque l'agent accomplit un acte de violence envers autrui dans le but d'atteindre un certain résultat ; elle devient *praeter*-intentionnelle quand le résultat dépasse le but recherché.
[89] Cass Crim. 12 février 1812, *Bull. crim.* n°31.

son auteur. Par conséquent, un fils qui avait volontairement battu son père, sans intention de le tuer, mais dont les blessures ont déterminé la mort, commettait un parricide. Devant le jury, le président de la cour d'assises n'était alors pas dans l'obligation de soulever la question de l'intention de l'auteur des faits.

Dans sa thèse intitulée « la criminalité en France : le phénomène homicide dans la famille en Seine Inférieure de 1811 à 1900, justice, structures sociales et comportements », Gemma Gagnon illustre ce propos par une affaire de parricide dont l'auteur n'a eu à aucun moment l'intention de porter atteinte à la vie de son père. Le 29 mars 1813, René Gavard va au marché faire des achats, il en revient vers midi. Lorsqu'il arrive son père lui reproche d'avoir trop tardé à rentrer et lui ordonne d'aller travailler en faisant le geste de le frapper avec une barre de fer. Le fils lui arrache la barre des mains et lui porte un coup unique et violent sur la tête, occasionnant une mort quasi immédiate. Il reconnaît son geste mais conteste avoir eu l'intention de lui donner la mort. L'accusé sera néanmoins condamné à la peine de mort pour parricide par la cour d'assises de Seine Inférieure[90]. L'*animus necandi* n'étant pas requis pour constituer l'infraction de meurtre, le nombre de parricide s'est accru dans les premiers temps du Code pénal de 1810.

L'introduction de l'*animus necandi* par la loi du 28 avril 1832. - Cette conception de l'élément moral de l'homicide ne sera pourtant valable que jusqu'à la loi du 28 avril 1832[91]. En effet, même si la loi de 1832 est connue pour avoir généralisé la faculté pour les juges d'accorder aux prévenus et accusés le bénéfice des circonstances atténuantes, elle contenait aussi une disposition adjoignant à l'article 309 du Code pénal un alinéa instituant l'incrimination nouvelle de « coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner ». Cette disposition nouvelle avait pour but de punir d'une peine moins grave que les travaux forcés à perpétuité, l'homicide commis avec l'intention non pas de donner la mort, mais uniquement de nuire[92]. Ce faisant, sans modifier la rédaction de l'article 295 du Code pénal, la loi a indirectement conféré au meurtre un élément intentionnel qu'il ne comportait

[90] G. GAGNON, *La criminalité en France : le phénomène homicide dans la famille en Seine Inférieure de 1811 à 1900, Justice, structures sociales et comportements*, Thèse d'histoire, Université de Lille, 1997, p. 170.
[91] Art. 72 L. 28 avril 1832, « apportant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle », *D.* 1832, 3, 50 et s.
[92] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*, p.409.

pas auparavant : le dol spécial consistant dans l'intention de donner la mort. Ainsi l'intention de donner la mort devenait-elle une condition nécessaire pour condamner tout auteur d'un homicide.

L'infraction de coups et blessures mortels se distingue, de surcroît, du parricide par un régime plus favorable. En effet, l'auteur de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner peut bénéficier d'excuses devant la juridiction de jugement quand bien même la victime serait le père ou la mère de l'auteur.

Il apparaît à l'évidence qu'à partir de 1832, le point de savoir dans quelles circonstances a eu lieu la mort du père ou de la mère (ou autre ascendant légitime) devient primordiale. Le juge répressif a dès lors le devoir de s'interroger précisément sur les événements ayant conduit à la mort de la victime. De là, se trouve fragilisée la fermeté avec laquelle était caractérisé le parricide. Alors que le simple fait de porter atteinte à la vie de la personne de ses père et mère légitimait la répression sévère de l'auteur, il faut maintenant une véritable intention de lui ôter la vie.

L'élément intentionnel du parricide ne se borne pas à la simple appréciation de *l'animus necandi*, directement issu du meurtre. Ce crime est, par ailleurs, déterminé par un dol spécifique consistant en la connaissance par l'auteur de parricide, du lien de filiation qui l'unit à sa victime. L'élément intentionnel du parricide est donc doublement spécifique.

2. L'élément intentionnel spécifique au parricide : « la connaissance par l'auteur du lien de filiation l'unissant à sa victime »

Le parricide doit certes avoir eu l'intention de tuer, mais surtout celle de tuer une personne déterminée. Il doit connaître nécessairement le lien de filiation qui l'unit à sa victime, celle-ci devant être son père, sa mère ou un ascendant. « En d'autres termes, pour qu'il y ait parricide, il n'est pas suffisant que le rapport de la parenté entre le meurtrier et sa victime existe dans la réalité objective du délit, il faut, avant tout, qu'il soit présent dans la conscience subjective du

délinquant.[93]» C'est ainsi qu'en droit, Œdipe[94] fut un meurtrier, et non un parricide[95]. Se pose alors la question de savoir ce qu'il advient, quand l'auteur des faits attente à la vie de son père par erreur. Dans ce cas, l'intention générale de tuer existe, mais pas celle de tuer son père. En somme, l'individu tue son père pensant qu'il s'agissait d'une autre personne. Selon la doctrine, l'auteur se trouve dans une hypothèse soit d'*aberratio ictus,* soit *d'error personae*.

D'abord, il y a *aberratio ictus*, lorsque l'auteur de l'acte voulant mettre à mort une personne, atteint malencontreusement un tiers qui est dans le voisinage. L'agent veut l'acte et ses conséquences, mais n'a pas souhaité le résultat qui s'est produit et qui dépasse ses intentions. Ensuite, on parle d'*error personae*, lorsque l'agent voulant tuer une personne déterminée, en frappe une autre par suite de confusion. En d'autres termes, la victime reçoit les coups à la place d'une autre. Dans le premier cas, c'est par maladresse que la victime est tuée, dans le second, c'est uniquement du fait d'une erreur sur son identité. Ces infractions se distinguent en ce que l'une est involontaire et l'autre volontaire. Concernant l'*error personae*, l'*animus necandi* de l'auteur ne fait aucun doute et les condamnations pour homicide en sont la conséquence première, en revanche en matière d'*aberratio ictus* la doctrine est plus partagée, considérant majoritairement qu'il s'agit d'un homicide involontaire à l'égard de la victime et d'une tentative de meurtre vis à vis de la personne rescapée. Il faudra attendre un arrêt de 1922 pour mettre un terme à cette controverse doctrinale. La Cour de cassation a, en effet, tranché en faveur du caractère volontaire de l'infraction en estimant que l'intention homicide, élément constitutif du meurtre, est caractérisée dès lors que le coupable a la volonté de donner la mort et alors même qu'il a tué une personne autre que celle qu'il se proposait d'atteindre. Ce fait ne présente pas le caractère d'une tentative de meurtre, puisque la mort de la victime s'en est suivie. Il ne présente pas davantage le caractère d'un homicide involontaire, puisque l'auteur agit dans une intention homicide[96].

---

[93] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op.cit.,* note 3, p. 168.

[94] La légende d'Œdipe est issue de l'Antiquité grecque. Elle rapporte l'histoire d'Œdipe, abandonné à sa naissance par ses parents. Une fois adulte, lors d'une querelle, il tue un homme dont il ignore qu'il est son père, puis épouse la femme de cet homme, c'est-à-dire sa propre mère. Lorsque, plus tard, il comprend ce qui s'est passé, Œdipe ne supporte pas ce qu'il a fait et se crève les yeux. Pour Freud, ce mythe marquant l'interdit de l'inceste illustre aussi les désirs inconscients du petit enfant, au moment où il découvre les sentiments amoureux entre ses deux parents. Le complexe d'Œdipe est l'étape psychique permettant, entre autres, d'apprendre, et d'accepter, que l'on ne peut épouser ni son père ni sa mère ». In *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2015, v° « Œdipe».

[95] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.* p. 168.

[96] Cass Crim. 18 février 1922, *S*. 1922.1.329.

Transposé au parricide, l'auteur qui donnera la mort à son père alors que celui-ci n'était pas visé de façon déterminée, sera poursuivi du chef de meurtre. En conséquence, seul l'homicide volontaire pourra être retenu, non l'homicide involontaire. Au demeurant, il ne pourra pas être accusé de parricide[97].

Dans la plupart des hypothèses, le parricide possède une parfaite connaissance du lien de filiation qui l'unit à sa victime, et c'est justement ce lien qui va motiver ses actes. Or, le Code pénal ne vise pas toutes les filiations au même titre. Ainsi, des doutes peuvent exister lorsque l'auteur tue son père biologique alors qu'il a été adopté, assassine son oncle, ou lorsqu'il met fin à la vie de sa belle-famille. Ceci nous amène à étudier le cercle d'application de la qualification de parricide à la parenté.

B. L'indispensable caractérisation de la filiation

L'article 299 du Code pénal dispose que le parricide est commis envers les père et mère légitime, naturels ou adoptif ou de tout autre ascendant légitime. A ce titre, il importe peu que le lien de filiation soit précisé dans les questions posées au jury, car le Code qualifie de parricide le meurtre des père et mère selon les trois formes de filiation[98].

Les parentés légitimes. - Concernant les père et mère légitimes ainsi que les autres ascendants légitimes, aucune difficulté ne se présente. Il convient tout de même de préciser que sont assimilés aux enfants légitimes, les enfants légitimés par mariage subséquent. De plus, ici, tous les ascendants légitimes de l'auteur sont visés par l'incrimination de sorte que, dans le cadre d'une famille légitime, celui qui tue son aïeul sera puni de la peine de parricide. En revanche, le parricide n'a pas vocation à s'appliquer lorsqu'un allié est tué volontairement[99].

[97] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1727.
[98] Cass Crim. 23 décembre 1986, *Bull. crim*. n°389, *D*. 1987. IR 15, *Rev. Sc. Crim.* 1987, p.425, obs. LEVASSEUR.
[99] Cass Crim. 16 juillet 1835, *Bull. crim*. n° 292.

Les autres filiations. - C'est en matière de filiation naturelle que surviennent les plus grandes interrogations, notamment lorsque la filiation n'est pas légalement établie. En d'autres termes, un fils qui tue ses parents alors que ceux-ci n'ont effectué aucune démarche de reconnaissance, commet-il un parricide ? Pour tenter de répondre à cette question, il ne paraît pas pertinent de fixer l'état des législations successives en matière de filiation, le seul postulat d'une filiation non établie aux yeux de la loi suffira.

En doctrine, deux courants s'opposent. Le premier[100] estime que dans certains cas, « le fait ne devrait pas fléchir le droit », et émet l'avis que l'enfant, qui aura été inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom de la femme dont il aura toujours porté le nom et avec laquelle il aura demeuré avec le titre de fils, pourrait être considéré comme parricide. Le fils n'ayant pour seul lien avec ses père et mère que la possession d'état sans aucune reconnaissance légale doit en tout état de cause être considéré comme parricide lorsqu'il met fin à leur vie. Ainsi, l'existence de la filiation naturelle ne serait qu'une pure question de fait, tant il est vrai que la filiation réelle ne correspond pas toujours à la filiation légale. Selon ces auteurs, l'article 299 du Code pénal qualifie parricide le meurtre des père et mère naturels, quels qu'ils soient. Le texte ne distingue pas entre ceux qui ont reconnu leur enfant et ceux qui ne l'ont pas fait. D'ailleurs, la loi pénale entend sanctionner un devoir naturel, consistant en l'obligation de respecter la vie de ses père et mère.

Pour les autres[101], la filiation naturelle s'établit par les procédés que la loi civile a déterminés. Les paternités et maternités ne sont certaines que si la preuve légale en est rapportée, autrement dit, seuls les enfants reconnus ont une filiation naturelle. Il leur semble impossible de voir dans ce lien de sang un motif d'aggravation du meurtre quand la loi ignore ce lien d'un point de vue civil.

En pratique, en matière de parricide, lorsque la filiation est niée par l'auteur de l'acte, la Cour de cassation a jugé que le point de savoir si l'accusé est le fils de la victime ne constitue pas une question préjudicielle[102]. Les juridictions pénales la traitent sous l'angle de question

---

[100] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.* n°409 ; LE POITTEVIN, *Dictionnaire des parquets et de la police judiciaire*, v° « Parricide », n°1.
[101] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, n°1868.
[102] Cass. Crim. 6 mars 1879, *D*. 1879, 1, 316.

incidente. Par ailleurs, il est constant que la circonstance de la filiation est un des éléments constitutifs de l'infraction de parricide et par conséquent est souverainement apprécié par le verdict, sans que la cour ou le jury soit tenu d'observer les règles de la preuve légale[103]. La Chambre criminelle a ainsi considéré qu'un accusé, condamné pour parricide, ne pouvait se constituer un moyen de cassation fondé sur le fait qu'aucun acte de naissance n'a été remis au jury pour établir la filiation requise pour l'infraction de parricide[104].

Garçon a néanmoins critiqué la position de la Haute juridiction, jugeant que même si les tribunaux pénaux sont compétents pour statuer incidemment sur la filiation, la preuve de la filiation ne doit pas être rapportée par tous moyens. Au demeurant, les règles à appliquer sont celles dont dépend la nature du fait à prouver et non de la juridiction saisie. C'est en se fondant sur ce même raisonnement que les juridictions pénales font appel aux règles de droit civil pour établir l'abus de confiance[105].

Le point de vue émis par la jurisprudence peut toutefois être admis si l'on se place sous l'angle d'une plus grande répression de ce crime particulier. La volonté d'étendre le champ d'application de l'incrimination à ceux qui ne possèdent pas une filiation conforme au droit civil, reste le moyen d'affirmer que le parricide est un crime extraordinaire, qu'il est nécessaire de sanctionner, peu importe la législation civile sur la filiation. Il s'agit donc plus précisément d'une solution de politique criminelle adaptée au caractère inqualifiable de cette infraction.

Il convient, de surcroît, de préciser que cette position relative au défaut de reconnaissance de l'enfant par ses victimes ne semble pas si originale, dans la mesure où, ordinairement et sans difficulté, le parricide est retenu à l'encontre d'un fils jouissant d'une filiation incestueuse ou adultérine avec sa victime[106].

---

[103] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1901, art. 299, n°28.
[104] Cass Crim. 16 janvier 1879, *Bull. crim*. n°22, *S*. 1879, 1,189, *D*. 1879.5.116.
[105] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, édition 1901., n°31.
[106] *Cf*. *contra* R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°1868, p. 173.

CHAPITRE 2

LA FIN PREVISIBLE D'UN CRIME MARQUE PAR DES VALEURS SURANNEES

Pour qui s'intéresse au parricide, il se trouve face à une littérature considérablement subjective qui, en proie à une morale prégnante, n'a pas hésité à rendre ce crime particulièrement odieux grâce à l'emploi d'un discours dépréciatif. A toutes les époques, le parricide a été considéré comme un phénomène abject contraire à toutes les croyances. Il est intéressant, à ce titre, de lire à la fois la jurisprudence et la doctrine qui mêlent allègrement discours juridiques et propos moralisateurs.

Platon qui envisageait le crime comme une maladie et le criminel comme un malade[107] avait proposé un régime spécial de la peine applicable au parricide selon que la victime avait ou non excusé son geste avant de mourir[108]. Il estimait, par ailleurs, que même sous l'empire de la colère, un parricide ne pouvait être excusé de son geste.

---

[107] A. LACASSAGNE, « La peine de mort et criminalité », *Archive de l'anthropologie criminelle*, 1908, tome XXIII, p. 58.

[108] « Supposons maintenant qu'une personne soit si peu maîtresse de sa colère, à l'égard de ses père et mère, qu'elle aille, emportée par la fureur, jusqu'à tuer l'un d'entre eux. Si celui-ci, avant de mourir, l'absout volontairement du meurtre, quand elle se sera purifiée comme ceux qui ont commis un homicide involontaire et qu'elle aura accompli les mêmes pratiques, elle sera déclarée pure. Mais si sa victime ne lui pardonne pas le crime qu'elle a commis, elle sera asservi à de nombreuses lois : elle sera exposée aux peines les plus sévères dont on punit les voies de fait, l'impiété et le sacrilège qui lui a fait ôter la vie à qui la lui a donnée, en sorte que s'il était possible de faire mourir plusieurs fois le même homme, celui qui a tué son père ou sa mère mériterait fort justement de subir plusieurs fois la mort ; car de quelle autre manière la loi pourrait-elle infliger le châtiment qu'il mérite au seul homme à qui elle ne permet pas, même pour défendre sa vie menacée par ses parents, de tuer le père ou la mère qui lui ont donné le jour, et qui doit tout souffrir avant que d'en venir à cette extrémité ? En conséquence, nous décidons que celui qui aura tué son père ou sa mère dans un mouvement de colère sera puni de mort » *in* PLATON, *Les lois*, Paris, Flammarion, 2006, p. 126.

Certains arrêts de la Cour de cassation sont tout à fait révélateurs de ce phénomène, à l'image de celui rendu le 4 avril 1854 qui insiste une fois encore sur le caractère spécifique de l'infraction, mais motive sa décision par l'énormité de l'acte :

> « Le crime d'empoisonnement, lorsqu'il est commis sur la personne des pères et mères légitimes, naturels, ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime, constitue le crime de parricide défini et prévu par l'article 299 du Code pénal, et que ce crime, objet d'une disposition particulière et distincte de la loi à raison de sa nature spéciale et de son énormité, est puni de la peine de mort portée par l'article 302 du Code pénal, et aggravée dans son exécution par les dispositions de l'article 13 du même Code[109]».

Par ailleurs, certains auteurs font également le choix d'opter pour des digressions de ce genre. Chauveau et Hélie expliquaient notamment que :

> « On décèle chez l'agent une perversité grave, un abandon si complet des sentiments les plus saints de la nature, qu'elle le place, lors même qu'il n'a cédé qu'à une passion accidentelle, au rang de l'homme qui a médité son crime et choisi sa victime[110]. »

Et Garçon d'ajouter, le parricide est « le plus grave des crimes parce que, objectivement, il porte atteinte à l'inviolabilité de la vie humaine et que, subjectivement, il révèle une volonté au plus haut point dangereuse et malfaisante [111] ». Le discours tenu au cours du XIXe siècle a fait du parricide un crime loin de laisser indifférent et surtout qui ne pouvait être assimilé à un simple homicide.

Nous l'avons vu, dès l'édiction du Code pénal de 1810, le parricide a été envisagé comme un crime qui ne méritait aucune clémence. Toutefois, peu à peu, la répression de ce crime a évolué pour se calquer sur celle des meurtres aggravés. Si le parricide est unanimement jugé comme le reflet d'une certaine perversité, il n'en demeure pas moins que la peine qui lui a été applicable pendant 184 ans n'a cessé d'évoluer dans le sens de la clémence (**Section 1**). Cette

---

[109] Cass. crim 4 avril 1845, *D.* 1845, 1, 245.
[110] A. CHAVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1196, p. 408.
[111] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, 1901., art. 299, n°43.

évolution a été marquée par un relâchement répressif qui s'est achevé par une abrogation en faveur de la création d'une circonstance aggravante du meurtre (**Section 2**).

Section 1 : L'étiolement répressif du parricide

Avec l'entrée en vigueur du Code pénal de 1810, le régime de la peine du parricide devait subir la même rigueur. Toutefois, au fil des réformes, le régime de la répression du crime de parricide a été modifié sous l'effet de deux tendances, l'une visant à le considérer comme un crime inexcusable tout en admettant peu à peu des circonstances atténuantes (**I**), et l'autre consistant à diminuer la peine (**II**). Par conséquent, l'évolution du régime répressif du parricide traduit une tendance conduisant à en faire un crime de moins en moins atroce, ou du moins, tout aussi abject qu'un homicide volontaire.

I. L'atténuation d'un crime inexcusable

Dans le Code pénal de 1810, l'article 321 disposait que « le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes ». Ainsi, l'auteur d'un homicide ou de coups qui était violemment attaqué, bénéficiait de l'excuse de l'article 321. Or, aux termes de l'article 323 « le parricide n'est jamais excusable [112] ». Il s'ensuivait que la provocation de la victime d'un parricide n'avait aucune incidence sur la répression de son auteur. Garçon indiquait à ce sujet que « le meurtre des ascendants est tellement odieux que la loi n'a pas voulu permettre de l'excuser. La colère d'un fils ne peut l'égarer jusqu'à donner la mort à son père, même lorsque celui-ci l'a frappé ; s'il se livre à de pareils excès, il ne mérite aucun pardon[113] ». L'exclusion du parricide du régime de l'excuse tire son origine de l'Ancien Droit qui avait admis que « le respect religieux que l'on

[112] Rappelé notamment par Cass Crim. 24 juin 1959, *Bull. crim*. n° 326.
[113] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit*., 1901, art. 323, p. 149.

doit à l'auteur de ses jours, ou à celui que la loi place au même rang, impose le devoir de tout souffrir plutôt que de porter sur lui une main sacrilège[114] ».

Cette fermeté affirmée à la fois par la loi, les auteurs et la jurisprudence, semble toutefois souffrir d'exceptions tendant *in fine* à appliquer au parricide une peine atténuée (**A**) ou même à le déclarer irresponsable (**B**).

A. Les circonstances atténuantes et les causes d'excuse

Les dérogations à la peine exemplaire prévue pour réprimer le parricide sont d'abord les circonstances atténuantes (**1**). Abrogées de la législation pénale avec l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992, les excuses légales autres que la provocation (**2**) leur ont succédées.

1. Les circonstances atténuantes

Souverainement appréciée par les juges du fond, la circonstance atténuante permet au tribunal de conclure que l'infraction n'a pas porté une grande atteinte à l'ordre public ou que son auteur n'en est pas pleinement responsable. Par suite, elle permet de fixer la peine à un moindre *quantum*. Autrement dit, les circonstances atténuantes permettent au juge, dans les conditions fixées par l'article 463 de l'ancien Code pénal, de prononcer une peine moins élevée que celle légalement attachée à l'infraction dont l'auteur est déclaré coupable[115]. Ces circonstances atténuantes avaient une raison d'être lorsque le Code pénal, pour réprimer les infractions qu'il prévoyait, envisageait une fourchette de peine limitée *a maxima* par une peine plafond et *a minima* par une peine plancher. Cette innovation importante de l'ancien Code

[114] LOCRE, *Exposé des motifs*, t. XXX, p. 477, repris par FAURE dans sa présentation des motifs du chap. 1, tint. II, liv. III du Code pénal, cité par A. JOCCOTTON, *op. cit*. p. 39.
[115] Sur les circonstances atténuantes *cf*. E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit*., 1901, art. 463 ; R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 1 : problèmes généraux de la science criminelle - droit pénal général*, Paris, Cujas, 1973, n°763 et s. ; C.-P. COLLARD DE MARTIGNY, *Du système des circonstances atténuantes depuis son origine spécialement sous le Code de 1832 et des modifications qu'il exige*, Paris, C. Haingray, 1840.

pénal après sa révision en 1832 a évidemment perdu de son intérêt lorsque le nouveau Code a supprimé les peines planchers.

La véritable importance des circonstances atténuantes en matière de parricide tient dans la liberté laissée aux juridictions de jugement quant à l'étendue de la peine à appliquer aux coupables. Pour qu'un individu soit condamné à une peine inférieure à celle prévue par la peine minimale, les juridictions devaient retenir une circonstance atténuante. La détermination de cette circonstance était laissée à la discrétion des juges, qui avaient néanmoins l'obligation de motiver leurs décisions pour la retenir. Les cours ont donc retenu des circonstances fondées sur les faits les plus divers, tels que l'état de santé, la situation personnelle ou professionnelle du délinquant ou encore l'immoralité de la victime[116].

Rapidement, l'application des dispositions de l'article 463 du Code pénal au crime de parricide est devenue une question embarrassante : les cours d'assises pouvaient-elles commuer la peine capitale, prévue par l'article 299 du Code en une peine inférieure, malgré le caractère spécifique du parricide ?

Le Code pénal de 1810. – L'ancien Code pénal originel n'envisageait la possibilité de retenir des circonstances atténuantes qu'en matière correctionnelle, ce qui excluait naturellement le parricide. Les auteurs expliquaient cette exclusion de la matière criminelle par le régime de la modification de peine que cela impliquait. Pour eux, transformer une peine de travaux forcés à temps en réclusion ne serait pas une diminution de peine, mais une « véritable commutation[117] ». Le refus d'atténuer la peine des auteurs de crimes conduisait à un nombre important d'acquittements qui étaient la seule alternative à la peine de mort.

La loi du 25 juin 1824 est venue étendre l'application des circonstances atténuantes à certains crimes limitativement énumérés. Mais cette réforme n'avait pas inclus le parricide dans son champ d'application. Précisons, par ailleurs, qu'en matière de crime, seuls les magistrats de la cour d'assises avaient le pouvoir de retenir des circonstances atténuantes, ce qui obstruait largement les compétences des jurés qui devaient apprécier les faits.

---

[116] J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, 15e édition, Paris, Cujas, 2004, n°655, p. 592.
[117] A. JOCCOTTON, *op. cit*., p. 41.

La loi du 28 avril 1832. - Forte de ce constat, la loi du 28 avril 1832 a étendu les circonstances atténuantes à tous les crimes. Fallait-il entendre que la peine du parricide pouvait être atténuée ? Certains, de principe, excluaient la possibilité de rechercher de telles circonstances en matière de parricide[118]. Ils se sont fondés sur les termes de l'article 323 du Code pénal qui précisait que le parricide n'admettait aucune excuse, pour conclure que pour ce genre de crime, il « n'y a donc rien à pondérer, rien à augmenter ou diminuer[119] » et que l'acquittement est préférable à toute diminution de peine.

En tout état de cause, cette analyse est marginale, et tout laisse à croire que les circonstances atténuantes peuvent être appliquées au parricide[120]. En effet, le texte de l'article 463, issu de la loi de 1832, vise tous les crimes sans exception. En outre, lors de la discussion intervenue pendant les débats relatifs à la loi de 1832, un amendement avait été déposé visant à exclure du champ d'application de l'article 463 les auteurs de parricide, mais celui-ci a été formellement rejeté.

L'application des circonstances atténuantes au parricide reste parfaitement illustrée au travers des nombreux exemples donnés par les études réalisées sur la criminalité familiales au XIXe siècle. Un auteur relève notamment que sur les dix-huit parricides jugés par la cour d'assises d'Ille-et-Vilaine entre 1832 et 1940, six ont bénéficié de circonstances atténuantes et leur peine a été abaissée aux travaux forcés à perpétuité[121]. Cette thèse précise, par ailleurs, que la réforme de 1832 n'a effacé en rien le nombre important d'acquittements qui est équivalent à celui des six peines atténuées. La même étude démontre que les cours d'assises ne se sont pas privées de leur pouvoir d'octroyer des circonstances atténuantes. « Cette utilisation quantitativement importante de l'atténuation de la peine met en évidence une certaine attaque de la conception traditionnelle de la famille, conception traduite par les dispositions de la loi pénale. C'est ainsi que le parricide et les coups à ascendants ont été créés pour protéger le respect dû au père et à l'ensemble des personnes auxquelles on doit le jour ». Et

---

[118] *Id.*
[119] *Ibid*, p. 43.
[120] *Cf*. dans ce sens A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1208, p. 420.
[121] L. TAUZIN, *Les crimes familiaux en Ille-et-Vilaine entre 1811 et 1940,* Thèse de doctorat en Histoire du droit, Université Rennes 1, 2000, p. 200.

de conclure, « le fait pour le jury d'atténuer les peines de ceux qui ont porté atteinte à un de leurs parents peut donc être interprété comme une dépréciation de ce respect [122]».

2. Les excuses légales autres que la provocation

Les excuses, contrairement aux circonstances atténuantes, sont des hypothèses strictement définies par la loi qui ont pour vocation de diminuer la peine du condamné. La diminution de peine en matière d'excuses est plus importante qu'en cas de circonstances atténuantes. Aussi, un meurtre puni par les travaux forcés à perpétuité bénéficiant de circonstances atténuantes sera finalement réprimé par la réclusion à perpétuité, tandis que si des excuses sont retenues, le meurtrier écopera d'un emprisonnement correctionnel[123].

Même si le principe est clairement posé par l'article 323 du Code pénal de 1810, les criminalistes, suivis par la Cour de cassation, ont admis l'application de certaines excuses au parricide. La première restriction au refus d'admettre les excuses en matière de parricide concerne les coups mortels. La Cour de cassation a, en effet, admis que les coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner pouvaient être excusés. La Haute juridiction a été saisie sur ce point par un pourvoi dont le moyen était fondé sur le principe d'atteinte aux droits de la défense[124]. L'auteur du pourvoi reprochait à un président de cour d'assises d'avoir posé successivement quatre questions ne permettant pas à l'accusé de comprendre l'infraction pour laquelle il devait être jugé. En l'espèce, le président de la cour d'assises de la Somme a posé au jury ces quatre questions :

> 1°. Oblet (l'accusé) est-il coupable d'avoir volontairement porté des coups et fait des blessures à Vincent-Joseph Oblet (son père) ?
>
> 2°. Ces coups et blessures ont-ils occasionné la mort de Vincent-Joseph Oblet ?
>
> 3°. Ces coups ont-ils été portés ou ces blessures ont-elles été faites dans l'intention de donner la mort ?
>
> 4°. Vincent Joseph Oblet était-il le père légitime de l'accusé ?

[122] *Id,* « Résumé ».
[123] Exemple tiré de G. IMBART DE LA TOUR, *Des circonstances atténuantes*, Thèse pour le doctorat de droit, Paris, H. Jouve, 1898, p. 71.
[124] Cass. Crim. 6 août 1869, *Bull. crim*. n°192.

La Chambre criminelle a cassé l'arrêt de condamnation aux motifs que « d'après le mode suivant lequel les questions ont été posées par le président de la cour d'assises, Oblet a pu comprendre qu'il n'avait à répondre qu'à une accusation de parricide, n'autorisant pas l'excuse de provocation, et que, par suite de cette erreur, il a pu être déterminé à ne pas demander la position de cette question d'excuse pour les faits dont il a été déclaré coupable, et qui cependant l'admettait[125]. »

La doctrine en a repris la teneur pour admettre que la provocation du père pouvait excuser un crime de coups et blessures volontaires commis par son fils, lorsqu'ils avaient occasionné sa mort sans intention de la donner[126]. Ainsi, les plaideurs avaient fort à faire pour que les actes de leur client soient qualifiés de coups mortels pour que la provocation soit recherchée. L'interdiction de l'article 323 pouvait, de ce chef, être radicalement contournée, car l'infraction de coups mortels n'est pas celle de parricide.

Ensuite, la question s'est posée de savoir si on pouvait excuser un fils qui a tué son père surpris en flagrant délit d'adultère avec sa bru dans le lit conjugal. Autrement dit, le fait pour un père de se retrouver au lit avec l'épouse du fils excuse-t-il le parricide commis conséquemment ? L'alinéa 2 de l'article 324[127] du Code pénal de 1810 excuse l'auteur du meurtre de sa femme et de son complice dès lors qu'il les surprenait en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale. La doctrine s'entend pour considérer cette excuse valable dans l'hypothèse d'un parricide. Cela s'expliquerait par la place de l'article 324 dans le Code pénal, après l'article 323, ce qui permettrait d'exclure l'interdiction d'excuse pour le parricide du cas de l'excuse d'adultère[128].

Enfin, la dernière excuse de l'article 67 de l'ancien Code pénal, l'excuse de minorité, doit également être appliquée en matière de parricide. Comme les autres, cette excuse est

---

[125] Cass. Crim. 6 août 1869, *Bull. crim*. n°192.
[126] *Ibid.*
[127] Art. 324 : « 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. 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 conjugal, est excusable. »
[128] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., tome II, n°826, p. 743.

générale et se fonde sur « l'ignorance présumé de la criminalité des actes jusqu'à l'âge de seize ans accomplis[129] ». En conséquence, l'article 323 semble devoir se lire de façon restrictive et n'englober dans sa restriction que l'excuse de provocation.

B. Les causes d'irresponsabilité.

Ces causes, qui ont pour finalité de rendre irresponsables les auteurs d'infractions, sont aujourd'hui analysées par la doctrine comme formant deux ordres : les faits justificatifs (**1**) et les causes de non-imputabilité (**2**). Alors que les premiers agissent directement sur l'infraction, les secondes s'attachent directement à son auteur. Pour sa part, la doctrine du XIXe siècle ne distinguait pas entre les faits justificatifs et les causes de non imputabilité, elle regroupait ces deux institutions au sein de ce qu'ils avaient dénommé de façon générale les faits justificatifs[130].

1. Les causes de non imputabilité

Les causes de non imputabilité sont étroitement liées à la personne du délinquant. Elles ont pour effet principal d'éviter l'imputabilité d'une infraction à un individu. Prévues à l'article 64[131] du Code pénal de 1810, elles visaient la démence et la contrainte.

Rappelons que la cause de non-imputabilité consiste en une circonstance propre au cas d'espèce qui conduit le tribunal à déclarer que, si le prévenu a matériellement commis l'infraction qui lui est reprochée, il ne peut cependant en être considéré comme moralement coupable. Ainsi ne relève pas de la justice répressive la personne qui a accompli un acte infractionnel alors qu'elle se trouvait, soit en état de démence, soit sous l'empire d'une

[129] *Id*., p. 744.
[130] Pour GARÇON, notamment, aucune distinction n'est opérée entre les deux types de causes d'irresponsabilité, il se contente de les dénommer « faits justificatifs ». E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, 1901, art. 64, n°1.
[131] Art. 64 : « Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

contrainte irrésistible. Pour Donnedieu de Vabres, « la loi prévoit un certain nombre de circonstances qui, se trouvant réalisées, ont pour effet de supprimer la culpabilité et, par conséquent, d'écarter l'application de la peine … les unes résident dans la personne même de l'agent, elles ont un caractère individuel : c'est le cas par exemple de l'aliénation mentale. On les appelle des "causes de non-imputabilité"[132]. »

Dans une conception subjective de la responsabilité, le fait que l'auteur d'un acte immoral ait agi en état d'inconscience ou sous l'empire de la contrainte interdit de le tenir pour fautif. Selon Bautain « l'observation de la loi n'appartient qu'aux êtres raisonnables et qui ont la jouissance de leur raison. Il ne suffit pas d'avoir la raison en puissance, il faut en avoir l'usage actuel, il faut pouvoir l'exercer et le vouloir. C'est pourquoi, là où il n'y a point d'acte de liberté et de raison, il n'y a pas lieu à l'application de la loi[133]. »

Alors qu'il appartient au seul législateur de dire, dans l'abstrait, quels types d'actes peuvent être considérés comme délictueux, c'est aux juges qu'il incombe, dans chaque espèce concrète, d'apprécier si l'auteur de l'acte reproché peut en être tenu pour pénalement responsable[134]. La plupart des législateurs précisent que constituent des causes de non-imputabilité, tant la démence (au sens large du terme), que la contrainte (physique ou morale) ; la responsabilité pénale suppose en effet que l'auteur du fait matériel a agi en toute raison et liberté. Wilfrid Jeandidier le résume comme suit : « *l'irresponsabilité pénale peut procéder de causes propres à la personne du délinquant, l'imputabilité ou la culpabilité se trouvant alors altérées. Il s'agit de ce que la doctrine classique appelle les causes subjectives de non responsabilité ou causes de non-imputabilité…démence, contrainte…*[135]»

En ce qui concerne le parricide, au IIe siècle déjà, le jurisconsulte Modestin proposait une sanction alternative à la peine du *culleus* pour le meurtre des père et mère commis dans un état de fureur. En effet, l'auteur d'un parricide commis en l'absence de raison « était assez

[132] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit*, p. 284.
[133] L. E. M BAUTAIN, *Philosophie des lois au point de vue chrétien*, Paris, Didier, 1860.
[134] J.ORTOLAN, *Eléments de droit pénal, pénalité, juridictions, procédure suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, 4e édition, Edouard-Louis-Joseph Bonnier, Plon, 1875, n° 302.
[135] W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 2ème édition, 1991, n° 272.

puni par sa propre fureur [136]» et devait être sévèrement gardé. Plus tard, la fureur deviendra la démence et constituera la cause d'irresponsabilité pénale la plus fréquemment alléguée pour le crime de parricide[137]. En ce qui concerne la contrainte, aucun exemple tiré de la jurisprudence ne permet d'illustrer son application au crime de parricide, mais par principe, rien n'y fait obstacle.

2. Les faits justificatifs

L'Ancien Droit donnait à la notion de fait justificatif un sens très général équivalant aux moyens de défense. Le droit positif lui a conféré quant à lui un sens plus étroit de moyen de défense tiré de faits matériels particuliers propres à l'espèce. Au sens large, un fait justificatif découle de tout élément qui impose au juge de prononcer l'acquittement du prévenu ou de l'accusé[138]. Au sens le plus strict, et c'est celui que retiendront la doctrine et la jurisprudence, un fait justificatif consiste en une circonstance liée aux faits et propre au cas d'espèce, qui impose, à titre exceptionnel, d'écarter l'application d'une loi d'incrimination générale et abstraite, comme l'ordre de la loi et la légitime défense. A titre d'exemple, un délit d'avortement apparaît légitime si la santé de la mère se trouve gravement menacée. Les faits justificatifs s'opposent notamment aux « causes de non-imputabilité », moyens de défense tirés de circonstances attachées non aux faits mais au prévenu lui-même, comme la contrainte et la démence. Selon Merle et Vitu « les faits justificatifs sont des circonstances objectives qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux[139], ».

Si l'on s'en tient à la règle morale, un acte qui tombe normalement sous le coup d'une loi pénale n'est pas punissable, par exception, si une circonstance de fait le rend présentement légitime de manière indubitable au regard de la règle morale et de la loi naturelle. Un tribunal répressif ne saurait dès lors, sans commettre une injustice, condamner celui qui l'a accompli.

---

[136] L. 9, *Dig*., Eod. tit. cité par A. JOCCOTTON, *op. cit*., p. 38.
[137] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*,1901, art. 323, n°6.
[138] Pour le *Dictionnaire civil et canonique*, v° « Faits justificatifs » Paris, 1687 : *Les faits justificatifs sont les preuves que l'accusé rapporte de son innocence*.
[139] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1 : problèmes généraux de la science criminelle - droit pénal général*, *op. cit*., n°473.

L'exemple le plus typique est celui de l'homicide commis en état de légitime défense. Simon, dans son ouvrage « Éthique de la responsabilité » indique que : « Nous touchons ici au problème du conflit éthique… Nous sommes sur un terrain où l'universalité de la loi ne peut jamais être, ni purement niée ou refusée, ni s'imposer aveuglément dans la méconnaissance des valeurs en conflit.[140] »

Autrement dit, lorsqu'on se trouve en présence d'un fait justificatif, le tribunal déclare que l'infraction reprochée au prévenu est bien caractérisée dans l'abstrait, mais qu'elle ne peut être réprimée dans le cas présent. Dans ce cas, il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention : le moyen de défense agit au niveau des faits. Wilfrid Jeandidier le résume fort justement « l'accord est pratiquement unanime en doctrine : un fait justificatif est une cause objective d'impunité, qui opère *in rem*, qui empêche le fait considéré d'être délictueux - d'où une irresponsabilité non seulement pénale mais encore civile- et qui peut ainsi être relevée à tout stade de la procédure.[141] »

Les faits justificatifs sont donc des circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant qui dérogent à l'application des textes répressifs[142]. Ils agissent de façon objective sur l'infraction elle-même, pour empêcher de rattacher l'acte à la loi pénale. En somme, les faits justificatifs suppriment l'infraction.

Dans le Code pénal de 1810, ils sont contenus dans les articles 327 et 328 et ne s'appliquent qu'aux incriminations d'homicide et de coups et blessures. L'article 327 envisage l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime et l'article 328[143], la légitime défense[144]. En cette matière, le parricide ne faisait pas exception aux autres infractions contre les personnes. Si un acte parricide est réalisé en état de légitime défense, il peut être totalement justifié. La Cour de cassation a d'ailleurs estimé, dans un arrêt du 29 mai 1879, que la légitime défense

---

[140] Cité par J-P. DOUCET, *La protection de la personne humaine, op. cit*., n° 26 p.20.
[141] W. JEANDIDIER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 251.
[142] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 1 : problèmes généraux de la science criminelle - droit pénal général, op. cit.,* n° 399, p. 506.
[143] Art. 328 : « Il n'y a ni crime, ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. »
[144] Il s'agissait de la légitime défense des personnes, car la légitime défense des biens sera une innovation du Code de 1992.

pouvait s'appliquer au crime de parricide[145]. Cela rendait alors extrêmement difficile la détermination de la frontière entre la provocation qui n'est pas admise pour le parricide et la légitime défense qui semble pouvoir s'y appliquer.

Malgré une position de principe exposée par l'article 324 du Code pénal, l'auteur d'un parricide pouvait profiter de circonstances influant sur l'étendue de sa responsabilité et *in fine* sur la peine encourue. Cette relative clémence des jurys d'assises a été relayée par le législateur qui, par touches successives, a réduit la peine du parricide jusqu'à la suppression de la peine capitale en 1981.

Alors que le Code pénal de 1810 ne visait les faits justificatifs que pour une série d'infractions déterminées et dans les chapitres s'y consacrant, le Code pénal actuel leur consacre l'une des dispositions de sa partie générale à l'article 122-4.

II. Une peine constamment réduite

Le parricide est l'un des rares crimes à voir sa répression s'amenuiser au fil des années. Cette tendance a été favorisée tant par les cours d'assises (**A**) que par le législateur (**B**).

A. Une peine réduite par les jurés

L'étude menée par Sylvie Lapalus[146] met en évidence la prise de conscience par les cours d'assises de condamner un acte criminel dont les origines sont surannées. En somme, les jurés ont tenté de comprendre l'acte et la personnalité de l'accusé qu'ils avaient à juger.

En effet, l'attitude des jurés traduit une tentative qui a pour vocation d'individualiser le

[145] Cass Crim. 29 mai 1879, *Bull. crim*. n° 107 ; *S*. 1880, 1, 439 ; *D*. 1880, 1, 189.
[146] S.LAPALUS, *La mort du vieux, une histoire du parricide au XIXe siècle*, Paris, Tallandier, 2004.

parricide par une prise en compte plus étendue et systématique du contexte familial quotidien. Ainsi, crime suprême dans la hiérarchie pénale en théorie, il est loin d'être réprimé avec toute la sévérité contenue dans le Code pénal. Si les acquittements par défaut sont courants au début du siècle – plus de la moitié des accusés sont acquittés jusqu'en 1832[147] - l'adoption facilitée des circonstances atténuantes après cette date, pousse les jurés à affiner leur perception de la réalité familiale à juger et leur permet de moduler les peines prononcées : la diminution du nombre des acquittements et l'évitement de la peine de mort accompagnent un recours accru aux circonstances atténuantes. Il y va de l'intérêt de l'accusé de faire reconnaître qu'en dépit de sa définition légale, « le parricide est comme tous les crimes. Il a ses nuances et ses degrés[148] ». L'attention n'est plus uniquement portée sur le crime, mais aussi sur la personnalité des criminels et de leurs victimes. En même temps qu'émergent les droits de l'enfant[149]**,** surgit une dénonciation nouvelle de la paternité défaillante voire coupable ; parallèlement s'élabore une distinction entre parricide monstrueux et parricide tolérable – 25 pour cent des accusés sont encore acquittés au début du XXe siècle –, évolution dont la presse se fait largement l'écho. À défaut d'être excusable, le parricide se « justifie », au sens juridique du terme, par les manquements ou abus parentaux, ou encore l'ivresse de l'accusé. Une réprobation renforcée semble en revanche entourer le matricide, en raison de la vive sensibilité attachée à la maternité. Et de même que le parricide, par les diverses réactions et perceptions auxquelles il donne lieu, laisse apparaître en filigrane les conceptions que la société française du XIXe siècle se fait de la famille, l'acte extrême qui pousse à tuer ses parents se révèle être un excellent témoignage sur les tensions qui sourdent au sein de celle-ci.

B. Une peine réduite par le législateur

Toujours selon le même postulat, à savoir que le parricide est un crime singulier, la peine qui lui était appliquée devait l'être elle-aussi. Ainsi, un crime aussi abominable devait

[147] S. LAPAPLUS, « Le parricide comme exacerbation des violences familiales au XIXe siècle », *ibid.* p. 145.
[148] Affaire Laval, AN BB/24/2045. DOS 9953/S77, 1877.
[149] *Cf*. supra –2ème Partie - Titre 1.

naturellement être sanctionné par la peine capitale, et le Code pénal de 1810 n'a pas souhaité rompre avec le régime existant sous l'Ancien Droit.

Durant le droit intermédiaire. - Les parlementaires ont longuement débattu sur la peine du parricide. Pour certains, la peine de mort représentait une peine trop clémente : « Si vous voulez entendre l'unique exception dont je crois cette proposition susceptible, je vais l'énoncer, et j'en frémis d'avance : c'est pour le parricide. Plusieurs législateurs n'ont pas cru devoir assigner de peine à ce crime parce qu'il ne leur paraissait pas concevable ; mais beaucoup d'exemples prouvent qu'il n'est que trop commun. Je frémis de le demander ; mais je veux que la main de celui qui a attenté à la vie de l'auteur de ses jours ne lui reste pas au moment du supplice[150] ». Pour d'autres, « un peuple régicide ne pouvait qu'être mal à l'aise dans la répression du parricide [151] ». Finalement, la peine capitale n'a pas été retenue.

Le Code pénal de 1810. - Par contre, le législateur napoléonien, par une volonté de retour à l'ordre moral, a cru devoir punir l'auteur d'un parricide d'une peine qui se démarquait de la peine capitale classique. Après avoir indiqué à l'article 12 que « tout condamné à mort aura la tête tranchée », le Code pénal de 1810 disposait que « le coupable d'un parricide sera conduit sur le lieu de son exécution, en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir. Il sera exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fera au peuple lecture de l'arrêt de condamnation ; il aura ensuite le poing droit coupé, et sera immédiatement exécuté à mort ».

---

[150] M. GARAT l'aîné cité par Y. BOSC, S. WAHNICH, « Les voix de la Révolution - Projet pour la démocratie », Paris, La Documentation française, 1990, 468 p. 264 ; *cf*. également « *M. LEPELLETIER* : « La peine de mort sera-t-elle réduite à la simple privation de la vie ?[...] »
« *M. Legrand* : Je demande au contraire que l'appareil de la peine de mort soit gradué pour les différents crimes auxquels elle sera appliquée ; que le parricide, par exemple, soit, pendant trois jours, exposé publiquement dans le lieu du supplice pour pénétrer le peuple de l'horreur de son crime. », cité par *Id*.
Un système alternatif de réclusion à temps avait toutefois été suggéré par le rapporteur sur la loi instaurant le Code pénal de 1791 :
« Un grand inconvénient se présente dans le système de la conservation de la peine de mort. Vous n'avez qu'une seule peine pour une foule de délits dont aucun ne peut être puni de moindre peine que de la peine capitale si elle subsiste, et qui pourtant ont des degrés d'atrocité très différents. Ainsi le meurtrier par fureur sera puni de même que le parricide prémédité ; car tous deux méritent la peine capitale, et il n'y a point de nuances dans la peine de mort simple. Au contraire, dans le système pénal que nous vous présentons, la durée, le plus ou le moins de rigueur des privations étant susceptible de beaucoup de graduations, l'échelle des peines s'étend, et elle se prête à marquer d'une manière moins imparfaite la différence des délits. », cité par *ibid.*, p. 257 - Dans cette perspective, on voit poindre le système des peines tel qu'il sera instauré par la loi de 1992, instituant le Code pénal actuel.
[151] S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *Cahiers de la sécurité intérieure,* 1997, n°28, p. 79.

La loi du 28 avril 1832. - Eu égard à la particulière cruauté du châtiment, la loi du 28 avril 1832 a supprimé la mutilation du poing mais a maintenu le cérémonial de l'exécution[152]. Les auteurs de la réforme ont considéré que cette disposition du Code pénal de 1810 était « indigne d'entrer dans la législation d'un peuple civilisé », que c'était « une barbarie inutile ». Montaigne a même été repris par les parlementaires : « en la justice même, tout ce qui est au-delà de la mort me semble cruauté[153] ». Comme l'illustre cet article de la *Gazette de tribunaux*, le spectacle de l'exécution du parricide restait néanmoins marquant par le cérémonial qui l'entourait :

> « C'était quelque chose d'horrible à voir que ce spectacle ; enveloppé d'un large linceul blanc, la face couverte d'un crêpe noir, le parricide échappait au regard de la foule silencieuse, et sous ses vêtements mystérieux et lugubres, la vie ne se manifestait plus que par d'affreux hurlement, qui ont bientôt expiré sous le couteau.[154] »

Le décret-loi du 24 avril 1939 et l'ordonnance du 23 décembre 1958. - Plus d'un siècle plus tard, le décret-loi du 24 avril 1939 qui retira la publicité des exécutions capitales, a abrogé l'alinéa 2 de l'article 13 du Code pénal. Puis, l'ordonnance du 23 décembre 1958 supprima le cérémonial attaché au parricide pour en désacraliser la peine et ainsi mettre son exécution au rang des autres crimes punis par la peine capitale.

La loi du 9 octobre 1981. - Il faudra attendre la loi du 9 octobre 1981[155] pour que le parricide cesse d'être sanctionné par la peine capitale, et devenir un crime passible de la réclusion criminelle à perpétuité. Ainsi, la peine du parricide, en l'espace de moins de deux siècles de législation, est passée d'une particulière singularité à celle d'un banal assassinat.

---

[152] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 482, p. 285.
[153] A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif, commentaire sur la loi modificative du Code pénal*, Paris, chez l'éditeur au bureau de la jurisprudence criminelle, 1832, p 95.
[154] *Gazette des tribunaux* du 30 août 1832 ; *cf.* également l'article de R. PAGEARD, « L'exécution du parricide et la sensibilité française : Versailles, 1882 [exécution de Pierre Lantz] », *Droit et cultures*, 1992, n° 24, p. 160-166.
[155] Loi n°81-908 du 9 octobre 1981, « Loi portant abolition de la peine de mort ».

Section 2 - La naissance d'une circonstance aggravante de l'homicide volontaire

Si le terme de parricide a été supprimé du Code pénal de 1992, l'acte homicide des père et mère n'a pas disparu dans les faits. C'est à ce titre que la répression du parricide intervient dorénavant par le biais de l'article 221-4 du Code pénal qui dispose que « le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père et mère adoptifs ». Le parricide disparaît donc du Code pénal en tant qu'infraction *sui generis*, mais les faits restent réprimés comme un meurtre aggravé, reprenant ainsi la conception de Garraud. La transformation du parricide en meurtre aggravé ne s'est, cependant, pas réalisée sans dissension ce qui a donné lieu à de longs débats parlementaires (**I**). En outre, celle-ci ne s'est pas contentée de supprimer le terme de parricide[156], elle en a modifié certains aspects (**II**).

I. Le résultat d'un consensus parlementaire

S'en tenant aux travaux parlementaires relatifs à la réforme du Code pénal de 1992, on s'aperçoit que la volonté première du législateur a été de ne plus faire de l'auteur du parricide un criminel stigmatisé. Et ce, à tel point que dans le projet de loi originel, il n'avait même pas été envisagé d'aggraver le sort de l'auteur du meurtre de ses ascendants : « la circonstance aggravante résultant du fait que la victime de l'infraction est un ascendant n'est pas reprise dans le projet de loi[157] ».

La question du maintien du parricide dans le Code pénal de 1992 a été source de discorde entre les deux chambres du Parlement. Le Sénat voulait conserver cette incrimination spéciale[158], tandis que les députés considéraient qu'il n'était pas plus grave de tuer un

---

[156] *contra* Y. MAYAUD, *Rép. pén.*, v° « Meurtre », *op. cit.*, p. 26 : « Il n'est donc plus de parricide, au sens terminologique du terme, mais l'aggravation du meurtre ».
[157] *J.O., Débats Parlementaires, Sénat*, Séance du 23 avril 1991, p. 600.
[158] *J.O. Documents Sénat,* 1990-91, n°295, p. 38 ; Un sénateur s'est même écrié : « On a tué le parricide ! », DREYFUS-SCHMIDT, *J.O., Débats Parlementaires, Sénat*, 15 avril 1991, p.647, p. 2556

ascendant qu'un tiers[159]. Ces derniers alléguaient principalement deux arguments. D'abord, ils estimaient qu'il n'était pas nécessaire de créer[160] une circonstance aggravante tenant à la qualité d'ascendant de la victime, dans la mesure où il n'en existait pas d'équivalente pour le meurtre d'un descendant. Ensuite, ils arguaient que si la victime était un parent âgé d'une particulière vulnérabilité, elle était déjà protégée à ce titre. D'autres raisons avaient également été suggérées en faveur de la suppression du parricide : archaïsme de l'incrimination, faible perversité de l'auteur, caractère souvent inexpliqué du crime, risque de stigmatisation accrue de l'auteur, indulgence des cours d'assises, …[161]

Une partie de la doctrine a rappelé que d'un point de vue criminologique, l'argument des députés de la majorité manquait de pertinence, car « l'immense majorité des meurtres d'ascendant vise des gens (généralement des hommes) dans la force de l'âge » et échappe donc à l'aggravation de vulnérabilité. Elle insiste, ensuite, sur la contrariété existante dans les positions adoptées par l'Assemblée Nationale qui refuse d'admettre l'aggravation de l'homicide si la victime est un ascendant, tout en souhaitant en créer une spéciale pour les victimes conjointes[162]. Une brève étude de droit comparé montre que certaines législations ont choisi de conserver le crime spécifique de parricide. Aussi le Code pénal de Tunisie, en son Article 203, dispose que « le parricide est puni de mort. Est qualifié parricide, le meurtre du père, de la mère ou de tout autre ascendant » et le Code pénal d'Andorre, en son Article 182 que « quiconque aura tué un ascendant ou descendant légitime, naturel ou adoptif sera condamné comme auteur d'un délit de parricide à une peine maximale d'emprisonnement de vingt ans. »

Pour sa part, la Cour de cassation, peu avant les débats parlementaires, a eu l'occasion d'indiquer que « le parricide s'analyse en un meurtre perpétré sur la personne d'un

---

[159] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions des et contre les particuliers*, 4ème édition, Paris, Dalloz, 2004, n° 269, p. 311.

[160] Ou de maintenir selon l'analyse qui est faite du parricide. A ce titre, pendant les débats, le sénateur Jolibois avait analysé le parricide comme un meurtre aggravé. C'est donc selon lui sans rupture avec le Code ancien que le meurtre des ascendants est un homicide aggravé, *in* Rapport JOLIBOIS, *J.O., Débat Parlementaires, Sénat,* 1991, p. 645.

[161] G. ROUJOU de BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON, Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, Paris, Dalloz, 1996, p. 153.

[162] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.,* n° 269, p. 311.

ascendant[163]. » Ce faisant, la Chambre criminelle a statué, avant l'entrée en vigueur de la réforme pénale de 1992, en faveur du meurtre et non du crime spécifique comme cela fut le cas antérieurement.

Finalement, une solution transactionnelle a été trouvée pour mettre un terme à cette discorde. Les sénateurs n'ont, en effet, pas obtenu le maintien de l'infraction spécifique de parricide, et les députés ont vu néanmoins intervenir la création d'une circonstance aggravante fondée sur la qualité d'ascendant de la victime. La circulaire d'application du Code pénal actuel s'en expliquait ainsi : « la qualité d'ascendant de la victime ne constitue pas une circonstance aggravante nouvelle, même si la qualification spécifique de parricide a été abandonnée pour éviter de stigmatiser l'auteur d'un tel crime[164] ».

II. Les effets de la transformation du parricide en meurtre aggravé

La mutation opérée par le Code pénal actuel, faisant du parricide une « simple » circonstance aggravante de l'homicide, est d'abord d'ordre procédural. Si le nombre de questions posées aux jurys des cours d'assises soulevait des difficultés sous l'empire de l'ancien Code pénal, ce n'est plus le cas depuis 1992. La jurisprudence ancienne avait considéré que la parenté étant un élément constitutif du parricide, il n'était pas nécessaire qu'elle fasse l'objet d'une question distincte. Par conséquent, elle pouvait être contenue dans la question principale de culpabilité[165]. Désormais, les cours d'assises doivent répondre à deux questions, la première concernant le meurtre et la seconde concernant l'aggravation due à la qualité d'ascendant de la victime[166]. Par ce nouveau régime, il est mis fin à la controverse sur le nombre de questions devant être posé au jury des cours d'assises.

---

[163] Cass. crim. 14 janvier 1987, *Bull.crim*. n° 21.
[164] Circ.14 mai 1993, art. 146.
[165] *Cf*. notamment : Cass. Crim. 6 janvier 1870, S. 1870, 1, 174 ; Cass. crim. 9 juin 1943, *Bull. crim*. n°49 ; Cass. crim. 26 octobre 1988, *Rev. Sc. Crim*. 1989, obs. G. LEVASSEUR.
[166] J. PRADEL, *Manuel de droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 2004, n°24, p. 41.

Par ailleurs, avec la transformation du parricide, il est apparu que la plupart des éléments constitutifs de son régime juridique est restée inchangée, à l'exception de l'étendue du domaine d'aggravation (**A**) et du sort des complices et coauteur du meurtre (**B**).

A. Une nouvelle protection par l'aggravation

Rappelons qu'en 1810, le Code pénal avait défini le parricide comme le meurtre « des père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs ou tout autre ascendant légitime ». Le domaine de protection ainsi érigé correspondait à l'état de la législation sur la filiation telle qu'elle existait sous l'empire du Code civil de 1804. Cette dernière estimait qu'aucune famille ne pouvait se former au-delà des parents, c'est-à-dire au premier degré, lorsque la filiation était naturelle ou adoptive. Depuis, les règles relatives à la filiation ont été profondément modifiées, mais lorsqu'en 1972, le législateur étendait les liens familiaux à toutes les formes de filiation[167], l'article 299 n'avait pas suivi. La définition du parricide n'était donc plus en adéquation avec le droit civil[168]. De plus, en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il était interdit au juge pénal d'assimiler les ascendants naturels aux ascendants légitimes. Le droit pénal a profité de l'édiction de son nouveau Code pour se mettre en conformité avec le droit de la filiation. Ainsi, le meurtre est aujourd'hui aggravé lorsqu'il est commis sur la personne « d'un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ». Il semble toutefois que l'harmonie du Code civil avec le Code pénal n'est que partielle car les ascendants adoptifs ne sont pas visés.

Selon une partie de la doctrine, cela s'explique à la lumière de la loi « Sécurité et Liberté » du 2 février 1981. Lors des débats intervenus au sujet de l'aggravation des coups et blessures, un député avait affirmé que la famille adoptive ne dépassait pas le premier degré[169]. Par mimétisme avec le texte de l'article 309 de l'ancien Code pénal, le législateur de 1992 a maintenu l'extension relative du domaine de l'aggravation en omettant toutefois d'inclure dans la liste des ascendants protégés, les ascendants adoptifs. Pourtant, en matière d'adoption

[167] L. 3 janvier 1972 a fait entrer l'enfant naturel « dans la famille de son auteur » (art. 334 al. 2 C. civ.)
[168] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°270, p. 312.
[169] R. FORNI, *J.O.*, *Débats parlementaires, Assemblée Nationale*, 1980, p. 1969.

plénière, aux termes de l'article 358 du Code civil, l'adopté a dans la famille de l'adoptant les mêmes droits et obligations qu'un enfant légitime. Sur ce sujet, la remarque est la même que précédemment, le juge ne peut pallier cette carence sous peine de méconnaître la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale.

La doctrine actuelle semble se ranger derrière une position contraire à celle dégagée sous l'empire du parricide. Selon elle, seule les filiations naturelles légalement établies peuvent entrer dans le cadre de l'article 221-4.2° du Code pénal[170].

B. Le sort de la répression du complice[171]

En 1992, le législateur ne s'est pas contenté de légiférer en matière de droit pénal spécial, il s'est également intéressé aux dispositions générales du droit pénal. Ainsi le régime répressif de la complicité a-t-il été modifié. C'est pourquoi, un article 121-6 a été créé, prévoyant que « sera puni comme auteur le complice de l'infraction[172]». La disposition nouvelle ne sanctionnait donc plus, comme auparavant, le complice des mêmes peines que l'auteur de l'infraction. L'ancien Code appliquait, en effet, au complice d'une infraction, une peine qui aurait été celle qu'il aurait encouru s'il avait été lui-même l'auteur. Aussi, en matière de parricide, le complice se voyait infliger la peine stigmatisant et sanctionnant un tel crime quand bien même il ne possédait aucune filiation avec la victime[173]. Cette réforme profonde de la complicité en 1992 a eu pour effet de mettre un terme au principe d'emprunt de pénalité qui existait sous l'empire de l'ancien Code pénal.

---

[170] *Cf*. notamment dans ce sens : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit*., n°1727 (note 3).
[171] *Cf*. sur ce point : Y. MAYAUD, *Rép. pén.*, v° « Meurtre », *op. cit*., p. 27.
[172] Art. 121-6 C. pén. actuel transforma le régime de la complicité prévu par l'art. 59 de l'anc. C. pén, aux termes duquel : « Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement ».
[173] Cass. Crim. 9 juin 1848, Igneux, *ibid.*

Elle a eu également des incidences sur la répression des complices de l'auteur du meurtre d'un ascendant. Avant le Code pénal de 1992[174], le complice était puni comme l'auteur de l'infraction et, comme nous l'avons indiqué plus haut, le complice de parricide encourait donc la même peine que son auteur. Actuellement, le complice qui n'aurait aucun lien de parenté visé par l'article 221-4. 2° avec la victime ne peut voir sa peine aggravée.

A l'inverse, pour les enfants complices de parricide, l'application d'une peine à leur encontre est facilitée. Il n'est plus nécessaire d'avoir recours à la théorie dite de la « complicité corespective » au demeurant fort discutable du point de vue du principe de légalité des délits et des peines. Il sera naturellement condamné comme complice, mais il lui sera appliquée la peine qu'il était en droit de se voir infliger s'il avait été lui-même auteur.

[174] 1er mars 1994, date d'entrée en vigueur du C. pén. actuel.

TITRE 2

L'EVOLUTION VERS L'ABROGATION

Après la mutation du parricide en meurtre aggravé, la décadence de la protection des valeurs morales jugées obsolètes et surtout des principes fondateurs de la société napoléonienne a engendré l'abrogation d'une série d'infractions et des réformes profondes.

L'histoire de l'infanticide tourne autour de la même question que celle du parricide. L'Ancien Droit en faisait une incrimination autonome tandis que le droit révolutionnaire ne contenait aucune disposition particulière sur l'infanticide. L'infanticide était alors traité comme une circonstance aggravante du meurtre. Le Code de 1810 a fait le choix de rétablir la qualification spéciale dans l'article 300, initialement rédigé en ces termes « est qualifié d'infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né ». En 1901, le législateur a modifié la rédaction, dans le but de rendre la répression plus sûre et plus mesurée, en définissant l'infanticide comme « le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau- né ». L'évolution se poursuivra au gré des réformes, pour aboutir à une abrogation de cette infraction spécifique avec l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994. (**Chapitre 1**).

En matière d'infractions contre les biens, le lien de domesticité en tant qu'élément aggravant ou au contraire immunisant a également connu une transformation importante. Il n'a, dès lors, pas fallu attendre l'entrée en vigueur du Code pénal actuel pour voir abroger l'aggravation de domesticité[175] jugée depuis la fin de la seconde Guerre mondiale comme complètement

[175] Vol de domestique.

désuète. Et une réforme récente, pour tenir compte des évolutions sociétales, a pris le parti d'apporter un correctif aux immunités familiales fermement encrées depuis le droit romain[176]. Cette réforme opérée par une disposition de la loi du 4 avril 2006 peut être analysée comme l'abrogation partielle de l'immunité familiale permettant désormais la répression du vol domestique dans des situations limitativement prévues par la loi (**Chapitre 2**).

[176] Ce que l'on nommera vol domestique ou vol entre époux.

CHAPITRE 1

LA DISPARITION DE L'INFANTICIDE

D'emblée, il convient d'établir une précision terminologique. Le substantif infanticide est ici entendu dans son acception la plus stricte et tel que l'a défini la loi pénale, comme le meurtre d'un nouveau-né. En matière pénale, l'infanticide correspond donc à ce que d'aucun nomme le néonaticide[177]. « Demander l'âge de l'infanticide, c'est, à peu près, demander l'âge du monde[178]. » A toutes les époques, des femmes ont tenté de se débarrasser du fruit d'une grossesse non désirée. Pour ce faire, elles ont utilisé la méthode qui consiste à tuer un nouveau-né dans les instants qui suivent sa naissance et à faire disparaître son cadavre. Les études statistiques sur le sujet font apparaître un nombre considérable d'infanticides commis par les mères sur leurs enfants, plus que toute autre personne[179]. L'infanticide semble donc être ce que l'on dénomme un crime de femme.

Souvent criminelles par désespoir, les femmes infanticides commettent le meurtre de leur bébé faute d'avoir pris les dispositions nécessaires à éviter leur naissance. A une époque où l'avortement était aussi incertain pour l'enfant que pour la mère, et où la contraception était peu répandue, les femmes attendaient l'ultime instant pour se débarrasser du fruit de leur grossesse. Très fréquemment d'ailleurs, ces grossesses étaient non désirées ou pire le résultat

---

[177] A. TURSZ, « Infanticide, dans le huit clos des famille », *Le Monde* [en ligne], 2 novembre 2007 ; A. Salles, « A Albertville, une mère de famille reconnaît avoir tué ses trois enfants après ses accouchements », *Le Monde*, 25 août 2007, p. 8 ; L. SCHWARTZ, N. K. ISSER, *Endangered Children: Neonaticide, Infanticide, and Filicide*, New York, CRC Press, coll. « Pacific Insitute Series on Forensic Psychology », 2000.

[178] CHATAGNIER, *De l'infanticide dans ses rapports avec la loi, la morale, la médecine légale et les mesures administratives*, Paris, Cosse, 1855, p. 5.

[179] Si l'on se réfère à l'étude menée par Annick TILLIER sur l'infanticide en Bretagne entre 1825 et 1865, sur 581 accusés 572 étaient des femmes, A. TILLIER, « L'infanticide face à la justice au XIX^{e} siècle : l'exemple de la Bretagne, 1825-1865 », *in* C. BARD, F. CHAUVAUD, M. PERROT, J.-G. PETIT (dir.), *Femmes et justice pénale - XIXe-XXe siècles*, Rennes, PUR, 2002, p. 70. ; « Pour la période de 1826 à 1900, nous trouvons un total de 13.567 accusés dont la grande majorité est fournie par les femmes. Cette grande différence entre les hommes et les femmes n'a pas besoin d'explication », *in* H. GUEGO, *Contribution à l'étude statistique sur la criminalité en France de 1826 à 1900*, Thèse de doctorat de médecine, Paris, A. Michalon, 1902, p. 50 ; *cf*. également M. PERROT et Ph. ROBERT, *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et le rapport relatif aux années 1826 à 1880,* Genève, Paris, Slatkine, 1989, p. LXVI.

d'un viol. A lire les romans du XIXe siècle, on s'aperçoit que dans le milieu des domestiques[180], il n'était pas rare que les filles de maison, enceintes de leur maître, accouchent seules dans leur chambre[181]. La dénomination de crime domestique prend alors tout son sens. Abstraction faite de ces considérations d'ordre sociologique et criminologique, le fait de donner la mort à un nouveau-né constitue avant tout une infraction.

Au fil des réformes, l'infanticide a suivi en quelque sorte le même devenir que le parricide : un régime répressif empreint de paradoxe, d'une part, et une abrogation en 1992, d'autre part. Toutefois, contrairement au meurtre du père, celui du nouveau-né n'a pas toujours été inscrit comme un crime absolu portant atteinte à l'ordre moral. L'infanticide n'est pas à proprement parler une infraction familiale, mais un crime qui peut être commis par tout individu, même en l'absence de lien maternel avec la victime. Il conserve, néanmoins, cette particularité d'être commis dans les instants suivants la naissance, sur ce lieu même, qui se trouve être très souvent le domicile de la mère. Il s'agit donc indéniablement d'un crime domestique. C'est au XVIe siècle que commence à être réprimé l'infanticide « avec la plus extrême rigueur, non pas comme des homicides, mais comme des actes productifs d'âmes non baptisées[182] ».

Lorsque notre droit s'est laïcisé, une justification autre que le sacrement religieux devait le déterminer. Il convenait d'écarter, tout d'abord, le lien de parenté puisque la loi était aussi sévère pour les tiers, sinon plus, que pour les membres de la famille du nouveau-né. L'infanticide ne s'expliquait pas non plus par la faiblesse de la victime, car cette infraction spéciale cessait de recevoir application lorsque l'enfant n'était plus un nouveau-né[183]. En réalité, il s'avère que l'aggravation du sort du meurtrier d'un nouveau-né est déterminée par la « situation particulière de l'enfant qui, au moment où il entre dans la vie, ne participe point encore aux garanties communes, et par la facilité qu'a le coupable d'effacer jusqu'aux traces de sa naissance ».

---

[180] A. TILLIER, *op. cit*., p. 71.

[181] Dans *Pot-Bouille*, Emile Zola narre l'accouchement dans des conditions abjectes de la servante Adèle dans sa mansarde, E. ZOLA, « Pot-Bouille », in *Les Rougon-Macquart*, tome III, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, n°173, 1964, p. 366 et s. ; De la même façon, on retrouve chez Jules RENARD l'évocation d'une même scène dans *Les Cloportes*, J. RENARD, *Les Cloportes*, Paris, Autrement, 1993.

[182] J.-P. BAUD, *Le droit de vie et de mort, Archéologie de la bioéthique*, Paris, Aubier, 2001, p. 272.

[183] *Contra* P. LASCOUME, P. PONCELA et P. LENOËL, *op. cit.,* p. 190.

Un double fondement explique donc la raison d'être de l'infanticide. D'une part, son caractère occulte semble l'assimiler à l'empoisonnement[184]. Le législateur s'attaque alors par cette incrimination à l'auteur perfide et fourbe d'un crime dissimulé. D'autre part, comme l'indique un auteur, il s'agit surtout d'un crime contre l'état civil[185]. Ainsi, l'inscription sur les registres de l'état civil méritait-elle de bénéficier de la même protection que le baptême. Rappelons que Napoléon faisait de l'état civil l'une des bases de l'Etat et qu'il avait érigé la suppression d'enfant[186] en délit, lequel était caractérisé par le fait de n'avoir réalisé aucune déclaration de naissance ou de décès à l'état civil et constituait une alternative possible pour condamner les parents infanticides qui parvenaient à démontrer que l'enfant était mort-né ou du moins à instaurer le doute.

Pour établir que l'infanticide est classé parmi les infractions fondées sur des valeurs aujourd'hui disparues, il convient de l'étudier sous deux aspects : un premier d'ordre historique et un second strictement attaché à son régime juridique. D'abord, l'étude historique de l'infanticide démontrera qu'il s'agit d'une infraction protégeant des valeurs qui ont évolué de façon aléatoire à travers les époques. La protection de l'enfant, fondée sur la faiblesse des premiers jours de la vie, semble ne jamais avoir été une réelle préoccupation (**Section 1**).

L'évolution de ce crime vers son abrogation le 1er mars 1994, ne peut s'expliquer que par l'érosion d'une incrimination devenue inadaptée aux inquiétudes actuelles. Et ce qui constitue avant tout l'intérêt de l'étude de l'infanticide, c'est évidemment l'ambiguïté de son régime, lorsque l'auteur est un membre de la maison, et plus spécifiquement la mère de la victime. L'infanticide suppose dans cette situation à la fois rigueur et mansuétude. Alors que la fermeté est attachée à l'infraction elle-même, la clémence résultait de la maternité. Par ailleurs, une relative impuissance pour réprimer l'infanticide tenait aux difficultés à qualifier le crime et surtout à en établir les preuves[187]. Avec l'infanticide, nous nous trouvons face à une infraction autonome, dont les conditions d'existence étaient telles que la justice parvenait difficilement à l'établir. Ainsi, l'infanticide subissait à la fois une lourde répression en théorie et une faible

[184] Du moins jusqu'à ces dernières années.
[185] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit*., n°269, p. 284.
[186] Art. 346 C. pén. de 1810 : « Toute personne qui ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code civil, et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code, sera puni d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende ou de seize francs à trois cents francs ».
[187] A. TILLIER, *op. cit*., p. 68.

condamnation en pratique. Celle-ci se manifestait dans les verdicts de cours d'assises qui faisaient apparaître une large divergence entre le droit et son application par les jurys criminels, ce qui révèle une fois encore, l'inadaptation de l'infraction à l'évolution des mœurs. On peut lire dans *la Gazette des tribunaux,* la chronique de procès pour infanticide qui, bien que largement avérés, se sont couronnés par des acquittements[188]. Et c'est, d'ailleurs, pour endiguer ce phénomène que le législateur interviendra aussi fréquemment (**Section 2**).

Section 1 – L'évolution inconstante de l'infanticide

Historiquement, le meurtre d'un enfant nouveau-né reste l'illustration d'un phénomène perçu, par les législations successives, avec une grande ambiguïté. Ainsi, sous les législations romaines et sous l'Ancien Droit, l'infanticide a été réprimé avec plus ou moins d'ardeur selon l'atteinte portée par cet acte aux valeurs protégées (**I**). Plus près de nous, les mêmes difficultés ont été rencontrées, tenant cette fois, dans le choix de la politique pénale à mener (**II**).

I. Du droit romain au droit intermédiaire

En tenant compte de la conception patrimoniale romaine du nouveau-né, il est aisé de comprendre à quel point l'infanticide n'était pas simple à réprimer, d'autant que la législation canonique commençait à essaimer ces premiers écrits (**A**). Plus tard, indissociable de la notion d'avortement, l'infanticide suivait un régime juridique complexe sous-tendu par des considérations d'ordre religieux (**B**).

---

[188] En 1826, une odeur se dégageait du domicile du maître de l'accusée, un bébé était retrouvé mort sous les draps de la domestique, un morceau de jupon dans la bouche. Le médecin légiste attribuait la cause du décès à une suffocation ou en tout cas à un acte criminel. Bien que l'infanticide fût avéré, l'accusée était acquittée par la cour d'assises du Rhône, 6 voix contre 6 (*Gazette des tribunaux* du 11 décembre 1826).
Lors d'un procès tenu quelques jours plus tard devant la cour d'assises de la Loire on apprenait que le corps d'un nouveau-né était retrouvé dans un champ la tête tranchée. Le médecin légiste concluait que l'enfant était tout à fait viable et avait même respiré. Au contraire, la défense faisait valoir que l'enfant était mort né. A la stupeur générale, l'accusée a été, elle aussi, acquittée (*Gazette de tribunaux* du 16 décembre 1826).

A. L'infanticide sous l'antiquité

Dans l'Antiquité, dans la mesure où la loi était permissive, les pratiques d'infanticide commises par les pères de famille étaient courantes (**1**). Mais ce sera sans compter sur l'intervention de l'Eglise pour qui, tuer un nouveau-né, était assimilé à la suppression du fruit du Seigneur (**2**).

1. L'infanticide face à la patria potestas

Le droit romain donnait une définition si large du parricide que celui-ci englobait le meurtre commis par la mère sur ses enfants, même nouveau-nés. Ainsi, la mère, auteur d'un tel crime, était punie soit de la peine capitale, soit de la déportation sur une île[189]. S'agissant du père, il est communément admis que, s'il portait atteinte à la vie de son enfant, la loi pénale ne pouvait lui être appliquée, car à Rome, comme dans toutes les sociétés antiques, le père de famille possédait un droit exorbitant de vie et de mort sur ses enfants. Muyart de Vouglans atténuait cette affirmation en indiquant que le droit romain n'était pas si arbitraire que l'on pouvait croire. En effet, le père de famille ne pouvait exercer son droit de vie et de mort sur ses enfants que dans le cas d'une extrême pauvreté qui l'empêchait de les nourrir. Ainsi le père avait-il le choix de tuer, de vendre, d'engager ou d'exposer ses enfants[190]. Cette faculté d'exposer les nouveau-nés lui était dévolue lorsque l'enfant était venu au monde difforme[191]. L'empereur Constantin a pris le premier la mesure de l'ampleur des abus et a tenté d'apporter une réponse en créant une maison publique pour venir en aide aux familles indigentes[192].

En 319, le père meurtrier de son enfant nouveau-né, bien que bénéficiant encore d'un droit d'exposition, s'est vu condamner aux peines du parricide[193]. Ne parvenant toujours pas à faire

---

[189] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*, n°1209, p. 421.
[190] MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel,* Paris, L Breton, 1757, p. 528-529.
[191] « Quant aux enfants à exposer ou à élever dès leur naissance, que ce soit une loi de n'élever aucun enfant difforme » - Aristote, *La politique*, Paris, Gallimard, 1993, VII, 16, 1335 b.
[192] *De alimens, quae parentes inopes*, cité par *id.*
[193] J. GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Paris, Armand Colin, 1974, p.39.

diminuer le nombre des infanticides commis par les pères, le droit de vie et de mort a été implicitement abrogé par les empereurs Valentinien et Valens, par une loi de 374 qui prévoyait un nouveau régime de répression des fautes commises dans la sphère domestique : « que chacun nourrisse ses enfants, s'il les expose qu'il soit puni conformément à la loi ». Il était conféré aux anciens de la famille un véritable droit de punir, sans excéder les limites du châtiment domestique. Dans l'hypothèse où la sanction outrepasserait les bornes fixées par cette loi, compétence serait donnée aux juges ordinaires[194]. Plus tard, le Code de Justinien faisait pour la première fois une distinction entre l'infanticide et le meurtre. Celle-ci n'était pas fondée sur le lien de sang, mais sur l'état de faiblesse de l'enfant[195]. En comparaison, pour les peuples barbares, l'infanticide était un acte particulièrement réprimé. Selon Tacite, les Germains considéraient l'infanticide comme un crime abject : « limiter le nombre de ses enfants ou tuer un de ceux qui naissent après les héritiers, passe pour un crime honteux, et là-bas les bonnes mœurs ont plus d'empire qu'ailleurs les bonnes lois[196] ». Chez les Francs Saliens, la coutume ne prononçait qu'une amende pour le meurtre de tout enfant en dessous de douze ans, qui ne pouvait frapper que les mères. Les Capitulaires seront moins cléments, car ils ont fait entrer l'infanticide dans la catégorie des homicides volontaires[197].

2. L'influence de la législation canonique[198]

Le concile d'Elvire, vers l'an 300, s'est intéressé au sort de la mère qui tuait son enfant pour en cacher sa faute. Si la mère était chrétienne, elle était excommuniée, par contre si elle ne l'était pas, elle ne pouvait être baptisée qu'à sa mort. Cette hypothèse ne visait, pas plus que le droit romain, l'infanticide commis par le père. En 314, le concile d'Ancyre maintenait le principe pour « les femmes qui se prostituent, qui tuent leurs enfants ou qui cherchent à les détruire dans leur sein » et réduisait considérablement la durée de l'excommunication. Deux siècles plus tard, en 524, le concile de Lerida sanctionnait « quiconque a cherché à faire mourir soit

---

[194] J.-P. BAUD, *Le droit de vie et de mort, op. cit.,* p. 228.
[195] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 3ème édition, 1922, p.183 et 184, n° 1877.
[196] TACITE, *La Germanie*, Paris, Les Belles Lettre, 1949, p.82.
[197] R. DESIRY, « Convient-il de déférer à nouveau l'infanticide à la compétence de la cour d'assises ? », *D.*1948, Chron. p. 105.
[198] E. ALLEXANDRE-LEFEVRE, *L'infanticide devant le parlement de Paris de 1750 à 1790*, Thèse de doctorat de droit, Université Paris Panthéon Assas, 2002, p. 18-20.

après la naissance, soit dans le sein de sa mère, le fruit de l'adultère ». Alors cette personne « ne pourra être admise à la communion avant sept ans, et passera le reste de sa vie dans les larmes et l'humilité[199] ». Enfin, le concile de Tolède de 589, demandait au clergé et au juge civil d' « unir leurs efforts pour détruire l'abominable pratique, très répandue, de parents tuant leurs enfants pour ne pas les nourrir[200] ».

B. L'infanticide sous l'Ancien Droit ou la sanction de la privation du baptême

Au Moyen Age[201], les mentalités ont évolué et la vie de l'enfant, en tant que créature du Seigneur, devenait si précieuse que l'Ancien Droit ne différenciait pas entre le meurtre du nouveau-né[202], l'avortement et « l'encise »[203]. Ces actes étaient considérés comme des variantes de l'homicide et étaient punis principalement de la peine de mort. L'infanticide n'était considéré que comme une forme différée de l'avortement : « la mère qui n'aurait pas réussi à "défaire son fruit" pendant sa grossesse, se débarrasse de l'enfant lors de la naissance[204]. » Les anciennes coutumes faisaient donc de l'infanticide un crime *sui generis* dont l'auteur était lourdement sanctionné, à l'instar de la coutume de Loudun qui indiquait que la femme qui tuait son enfant nouveau-né devait être brûlée[205].

Concernant précisément l'infanticide, le droit et la jurisprudence s'accordaient pour retenir ce crime et le réprimer par la peine capitale lorsqu'était rapportée la preuve que la mère avait volontairement donné la mort à l'enfant qu'elle venait de mettre au monde. Cette preuve devait se déduire de circonstances évidentes, ne laissant apparaître aucun doute : l'enfant noyé dans un puits ou le crâne brisé. En revanche, la peine de mort ne pouvait être prononcée

---

[199] *Ibid*., p. 19.
[200] *Ibid.*
[201] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n°186 ; A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *op. cit.,* p.172 et s.
[202] Le terme d'infanticide n'apparaîtra dans le vocabulaire juridique qu'au XVIIIe siècle, *cf*. G. BERNARD, « Infanticide », in G. LOPEZ et S. TZITZIS, *Dictionnaire de sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p.530.
[203] L'encise désigne les coups portés sur une femme enceinte, même involontairement, qui l'avaient faite avorter.
[204] A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *id.*
[205] R. DESIRY, *op. cit*., p. 81.

quand le corps de la victime n'était pas découvert. *Les Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir font état d'une forme particulière d'infanticide accidentel qui échappait à la justice criminelle : il s'agissait de l'étouffement du nouveau-né pendant le sommeil des parents, qui partageaient à cette époque leur lit avec leur enfant en bas âge[206].

Ensuite, pour que l'avortement soit assimilé à l'infanticide, il fallait que l'enfant à naître ait été « animé », autrement dit qu'il soit un être humain doté d'une âme immortelle. Les juristes, comme les théologiens, considéraient que l'animation intervenait quarante jours après la conception. Or, à une époque où les connaissances gynécologiques sont l'apanage des matrones et la chirurgie celle des barbiers, il était impossible de déterminer précisément la date de la conception et surtout de savoir si l'enfant était mort-né ou tué à la naissance.

C'est donc pour dissiper ces incertitudes qu'Henri II a rendu l'édit de février 1556[207], qui a été maintenu par Henri III en 1586, puis par Louis XIV, le 25 février 1708. La mesure principale prise par l'édit de 1556 était de rendre obligatoire la déclaration de la grossesse et de l'accouchement. Cette formalité établissait une présomption d'infanticide à l'encontre de la mère en cas d'avortement ou de décès du nouveau-né. Le texte réprimait, dans l'hypothèse d'une grossesse non déclarée et lorsque l'enfant était mort « lors de l'issue de son ventre », le fait pour une mère de priver ce nouveau-né « tant du saint Sacrement de baptême que (d'une) sépulture publique et accoutumée ». Cette femme sera « tenue et réputée avoir homicidié son enfant. Et pour réparation publique, punie de mort et du dernier supplice. »

Compte tenu de la rédaction confuse de cette disposition, il revenait à la jurisprudence d'en donner une interprétation claire. La position adoptée par les juges était relativement clémente car elle reconnaissait la validité de toute déclaration faite à une personne privée, pourvu que celle-ci puisse en donner « témoignage suffisant ». Selon Muyart de Vouglans, l'édit de 1556 exigeait sept conditions pour que la peine de mort soit prononcée[208] :

1. la représentation de l'enfant,
2. la preuve de la grossesse et de l'accouchement,

---

[206] Ph. de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, A Picard, Paris, 1899, §1943.
[207] F.-A. ISAMBERT, DECRUSY, A. J.-L. JOURNDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1821, vol. XIII, pièce 364, p.471-473.
[208] MUYART de VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France…, op. cit.*, p. 177.

3. le recel de la grossesse,
4. la circonstance que l'enfant fût né à terme,
5. qu'il fût privé de baptême,
6. qu'il eût été privé de sépulture chrétienne,
7. la mère doit connaître son obligation de déclarer sa grossesse.

Ainsi la répression de l'infanticide apparaissait moins sévère qu'elle ne pouvait sembler[209].

Les Parlements, quant à eux, exigeaient que trois éléments prévus par l'édit soient réunis pour condamner un infanticide. Au XVIIe siècle, leur jurisprudence ne considérait plus les présomptions de l'édit comme nécessaires pour condamner à mort l'auteur d'un homicide[210]. En d'autres termes, le régime était semblable à celui des homicides de droit commun, ce qui supposait que l'infanticide prenait le pas sur l'avortement. Cela nous laisse à penser que la volonté était alors de punir l'auteur du meurtre d'un enfant et non de sanctionner un acte contraire à la volonté divine. L'infanticide s'est en quelque sorte laïcisé. A la veille de la Révolution française, les cahiers des Etats généraux faisaient de l'infanticide une question vivement débattue. Deux positions apparaissaient nettement : « l'une préconisait un renforcement des peines à vertu préventive (tiers de Vitrolles), l'autre envisageait le problème sous l'angle de politique sociale et joignait, à la demande de réduction de peines, celle de la prise en charge des enfants abandonnés[211] ». Malgré ce débat, le droit intermédiaire n'a pas prévu de dispositions particulières sur l'infanticide dans son Code pénal. La Cour de cassation considérait qu'il s'agissait d'un crime soumis au droit commun du meurtre avec ou sans circonstance aggravante[212].

[209] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, 1901., art. 300, n°3.
[210] G. BERNARD, *op. cit*., p. 531.
[211] P. LASCOUME, P. PONCELA et P. LENOËL, *op. cit.*, p. 55.
[212] Cass. 17 brum. An III, cité par G. BERNARD, *op. cit.,* p.531.

II. L'infanticide depuis le Code pénal de 1810 : une réponse difficile à la clémence des jurés

Contrairement au Code pénal révolutionnaire de 1791, celui de 1810 a replacé l'infanticide dans une catégorie exceptionnelle de crime, en élargissant son imputation et en augmentant sa répression (**A**). Toutefois, face au nombre croissant d'acquittements, les législateurs successifs ont dû revoir le régime répressif (**B**).

A. Le Code pénal de 1810

L'ancien Code pénal a fait de l'infanticide une catégorie exceptionnelle de crime. Il a défini l'infanticide comme le meurtre d'un enfant nouveau-né et le punissait de la même façon que l'assassinat et le parricide, à savoir par la peine de mort. En élargissant ainsi l'imputabilité et en augmentant sa répression, il en faisait un crime spécial.

L'article 300 du Code pénal, en effet, envisageait la définition suivante : « est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né » et l'article 302 punissait ce crime de la peine de mort. Dans le projet originel, toute personne auteur ou complice d'un infanticide était frappait de la déportation, et le crime était défini comme « l'homicide causé par une mère ou par ses complices de son enfant nouveau-né ». La majorité politique de l'époque, vivement impressionnée par les récits et observations faites par les magistrats, a opté pour la peine de mort sans distinguer selon les circonstances. Parmi eux, Cambacérès a fait valoir que « le meurtre d'un être sans défense est un crime encore plus horrible que l'homicide ; qu'il ne saurait donc être puni moins sévèrement ; que la pudeur ne doit point servir d'excuse pour une aussi grande atrocité ; que d'ailleurs la crainte du déshonneur n'est pas toujours le motif qui porte ce crime, et que l'intérêt le fait aussi commettre[213] ».

[213] Cambacérès cité par R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°1878 ; il a pu également soutenir le 8 novembre 1808 que : « dans l'état de relâchement où sont les mœurs, il est possible qu'une

D'autres, comme Treilhard ou Berlier, pensaient au contraire que la mort était une peine sévère pour des mères qui passaient à l'acte pour se cacher de la honte. Berlier disait à ce titre que la position adoptée pour réprimer l'infanticide ne doit pas être comparable « à celle d'un assassin ou d'un meurtrier ordinaire, qui tue sans autre vue que de commettre un crime. Sans doute, les malheureuses, qui sont l'objet de cette discussion, placées entre un crime qui effraie la nature et les préjugés sociaux, ont plus d'une fois arrosé leurs victimes de leurs larmes et consommé, en frémissant d'horreur, leur criminelle action dictée par une déplorable faiblesse. La loi ne saurait admettre une telle excuse pour absoudre totalement les coupables ; il faut, pour un tel crime, une peine assez réprimante pour qu'il ne se reproduise point par l'exemple de l'impunité ; mais si la loi est trop dure, ne doit-on pas craindre que ses ministres ne soient trop indulgents ![214] » Les procès pour infanticide, en tant que crime puni par la peine capitale et uniquement celle-ci, se concluaient fréquemment par des acquittements. Paradoxalement, les arrêts de cours d'assises étaient rendus bien que le jury fût convaincu de la culpabilité des accusés. A cet égard, la Cour de cassation[215] censurait de façon systématique les arrêts des cours d'assises qui prononçaient une peine autre que la mort, même si la sanction infligée était celle applicable pour les meurtriers.

B. Les lois ultérieures

La loi du 25 juin 1824. - Afin de mettre un terme à une telle situation, la loi du 25 juin 1824 a prévu dans son article 5 de réduire la peine des mères infanticides dès lors que sont déterminées des circonstances atténuantes. Cette réduction visait à transformer la peine de mort en travaux forcés à perpétuité et ne devait jamais avoir lieu « à l'égard d'aucun individu autre que la mère ». Portalis pensait que la détention perpétuelle était suffisante, et que les travaux forcés étaient contraires à l'honneur et à l'humanité[216].

---

mère séduite par une fausse honte, croie plutôt prévenir qu'anéantir l'existence de l'enfant qu'elle porte dans son sein ; mais donner la mort à son enfant après qu'il est né est un acte de barbarie dont l'honneur ne saurait être palliée par aucune illusion », cité par P. LASCOUME, P. PONCELA et P. LENOËL, *op. cit*., p. 258.

[214] Berlier cité par *Id.*

[215] « si la loi a puni le meurtre en général de la peine des travaux forcés à perpétuité, elle a en même temps fait une exception à l'égard du meurtre commis sur un enfant nouveau-né, qu'elle a spécialement qualifié d'infanticide, et qu'elle a puni de la peine de mort », Cass Crim. 17 novembre 1814, *Bull. crim*. n°39.

[216] A. CHAUVEAU, *op. cit.*, p.95.

La loi du 28 avril 1832. - La loi du 28 avril 1832 a remis en cause ce système pour ne plus distinguer entre la mère et les autres personnes accusées d'infanticide. Désormais, tous furent passibles de la peine capitale, sauf en cas d'admission de circonstances atténuantes qui permettait de commuer la peine en travaux forcés sans que celle-ci puisse descendre en dessous de 5 ans. Malgré cette réforme de 1832, les jurisprudences des cours d'assises étaient semblables à celles existantes sous l'empire du Code de 1810, les peines étant jugées encore trop sévères[217].

Une nouvelle rédaction du texte s'imposait. Les auteurs se sont interrogés sur le sens vers lequel elle devait s'orienter. Tous étaient unanimes pour voir l'infanticide commis par la mère sur son enfant illégitime, sans préméditation, puni d'une peine moins sévère que celle qui frappe l'homicide volontaire. Certains estimaient que la mère infanticide qui a agi avec préméditation ne méritait pas davantage. Ainsi, l'infanticide ne suivrait plus le régime des infractions de droit commun, à savoir le meurtre et l'assassinat. Garraud proposait, quant à lui, de faire du crime d'infanticide commis par une fille mère, un crime *sui generis*[218]. Il faisait, par ailleurs, remarquer que l'objectif de la loi de 1832 n'avait pas été atteint. Au contraire, ce crime n'avait cessé de se développer. Pour lui, cet accroissement avait deux causes principales, d'une part, la maternité hors mariage et l'interdiction du divorce, et d'autre part, l'impossibilité de rechercher la paternité. Ces considérations ont permis d'amorcer la discussion sur le rétablissement des tours[219], la recherche de paternité et l'obligation de déclarer les grossesses.

---

[217] Les dernières années précédant la réforme de 1901, le nombre d'acquittement représentait 36% des verdicts prononcés en matière d'infanticide, cité par E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, édition 1901., art. 300, n°9. Toutefois, selon Annick TILLIER, dans la région bretonne, le taux d'acquittement aurait diminué de moitié entre 1825 et 1864, pour passer de 47,83% à 24,51%, *cf*. A. TILLIER, *op. cit.*, p. 71.

[218] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, n°1879.

[219] L'Eglise a depuis toujours pris en charge les enfants abandonnés. Ainsi fut créée par saint Vincent de Paul en 1638 l'œuvre des enfants trouvés de Paris. Les parents pouvaient y déposer les enfants qu'ils ne pouvaient pas assumer. Au XVIIIe et XIXe siècle, un système de « tours » a été mis en place dans ces établissements, qui permettait de déposer un enfant que l'on souhaitait abandonner, sans que personne ne puisse connaître l'identité des parents. Il s'agissait d'une sorte de tambour pivotant dans lequel on pouvait déposer l'enfant. On sonnait ensuite une cloche qui prévenait une sœur qu'un enfant avait été déposé, sans que celle-ci puisse voir qui étaient les parents. On établissait alors un procès verbal et, à partir de 1793, un acte de naissance. En 1811, Napoléon décida que les enfants abandonnés devaient être pris en charge par l'Etat. Il rendit obligatoire un système de « dépôt secret », grâce aux tours, dans chaque chef-lieu d'arrondissement à Paris, où les abandons étaient particulièrement fréquents. Mais cette protection de l'abandon eu pour conséquence regrettable de multiplier le nombre d'enfants abandonnés, jusqu'à atteindre plus de 130 000 dans toute la France pour la seule année 1883. Après 1850, le système des tours a progressivement été supprimé et remplacé par la possibilité d'un « dépôt secret » à l'Assistance Publique, in Ch. de GUIGNARD, *Infanticide : faut-il rétablir les tours ?,* Tours, Mazereau. 1883 ; H. PALLU, *La vérité sur les tours*, Paris, Berger-Levrault, 1879.

La loi du 21 novembre 1901. - La réforme attendue est intervenue par la loi du 21 novembre 1901[220] ayant pour objectif selon Garçon « de rendre la répression de ce crime plus sûre en la faisant plus modérée[221] ». L'infanticide a été de nouveau redéfini, devenant « le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né ». Sa répression a été également modifiée pour exprimer plus d'indulgence à l'égard des mères coupables, tout en appliquant aux autres les peines du meurtre ou de l'assassinat. L'échelle fut alors la suivante : si l'infanticide était prémédité, il constituait un assassinat, et la mère était punie des travaux forcés à perpétuité et tous autres coupables de la peine de mort . En revanche, si l'infanticide n'était pas prémédité, il constituait un meurtre, la mère étant punie des travaux forcés à temps, et tous autres des travaux forcés à perpétuité. Garraud a regretté que le législateur n'ait pas distingué entre la situation des infanticides commis par les mères légitimes et celle des mères naturelles. En effet, leurs mobiles sont différents, les premières agissent souvent par manque de moyens financiers pour élever un nouvel enfant et les autres souhaitent mettre fin à une source de déshonneur[222].

La loi du 2 septembre 1941. - Par une loi du 2 septembre 1941[223], le gouvernement de Vichy a transformé l'infanticide en un simple délit. Les peines correspondaient alors à un emprisonnement de 3 à 10 ans et une amende de 100.000 à 1 million de francs. Cette loi avait pour conséquence d'assurer une répression plus sûre en détachant l'infanticide de la compétence des jurys populaires composant les cours d'assises. La définition de l'infanticide n'était néanmoins pas modifiée. Ceci conduisait à un système fâcheux dans lequel une infraction incriminée de façon analogue aux crimes les plus graves (meurtre et assassinat) n'était sanctionnée que par une peine correctionnelle. Les auteurs de l'époque[224] ont vivement encouragé la modification de la loi de 1941, parmi lesquels Maurice Patin. Ce dernier regrettait que « l'assassinat d'un nouveau-né ne soit à peine plus sévèrement puni que

---

[220] L'objet de la loi était le suivant : « La présente loi a pour objet de modifier la définition de l'infanticide ; d'assurer la répression de ce crime, en adoucissant dans toutes les hypothèses les peines jugées trop rigoureuses à l'égard de la mère reconnue coupable et en graduant, d'ailleurs, ces peines suivant que le jury admet ou n'admet pas la préméditation ; d'appliquer, au contraire, les pénalités de droit commun (édictés, soit pour l'infanticide, soit pour le meurtre) aux coauteurs ou complice du crime d'infanticide ». Loi du 22 novembre 1901, *D*. 1902, 4, 17.

[221] E. GARÇON, *le Code pénal annoté*, *op. cit.,* 1901, art. 300, n°10.

[222] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.* n°1879.

[223] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit*., n°12.

[224] M. PATIN, « La légalité républicaine et la répression de l'infanticide », *Rev. Sc. Crim*. 1947, p. 186 : « Je crois donc fermement qu'il n'y a plus de raison de maintenir en vigueur la loi du 2 septembre 1941. Par contre, j'en vois de nombreuses de l'annuler ».

l'empoisonnement d'un animal domestique »[225]. Il ajoutait, de plus, que ce régime favorable à l'auteur de l'infanticide, contrairement à l'excuse de maternité, profitait à tous les coauteurs et complices de ce crime. Enfin, l'ultime critique consistait dans le fait que la tentative d'infanticide n'était pas visée par la loi de 1941. En effet, l'infanticide était érigé en délit, ce qui suppose qu'il fallait nécessairement qu'un texte prévoit la répression de la tentative, pour que celle-ci soit punissable. En revanche, Jean Brouchot, président de Chambre à la Cour de cassation, plaidait en faveur du maintien de la loi de 1941. Il estimait que « le repentir plus ou moins sincère de l'accusé, manifesté par une abondance de larmes, les arguments faciles que la défense présentait et développait en ce genre de procès, avaient aisément raison du jury. Tout se terminait par un acquittement triomphal et scandaleux[226] ».

La loi du 13 avril 1954. - Il faudra attendre la loi du 13 avril 1954 sur la répression des crimes et délits commis contre les enfants, pour que soient exaucés les vœux de Maurice Patin. Cette loi proposa d'assurer de manière plus efficace la protection des enfants contre les sévices de toute nature et entre autre de « recriminaliser » l'infanticide. L'infanticide constituant de nouveau un crime, la tentative redevenait punissable. Précédemment, quand l'infraction n'était qu'un délit, la loi pénale s'était toujours refusée à envisager expressément la tentative. Par ailleurs, la peine prévue n'était pas semblable pour l'auteur selon qu'il était la mère de l'enfant ou un tiers. Dans le premier cas, les travaux forcés à temps étaient applicables, alors que dans le second, c'était le droit commun du meurtre ou de l'assassinat qui devait être mis en œuvre. Ces dispositions reprenaient principalement le système répressif de 1901[227].

---

[225] *Id.*

[226] J. BROUCHOT, « La loi du 13 avril 1954 relative à la répression des crimes et délits contre les enfants », *Rev. Sc. Crim.* 1955, n°2, p. 4.

[227] J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance à propos de la loi du 23 Avril 1954 relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants », *D.*1955.I., p. 44.

Section 2 – Une infraction équivoque distincte de l'homicide

A ce stade de l'histoire des incriminations, l'infanticide se trouve aux antipodes du libericide[228], qui ne constitue ni une infraction autonome sévèrement réprimée, ni une forme aggravée du meurtre. Tuer un enfant n'était guère plus grave que tuer un adulte. Il est donc capital de s'attarder sur le régime juridique qui entoure cette infraction si spéciale d'infanticide. On peut retenir de ce régime qu'il avait ceci d'original de faire, de l'infanticide une infraction protégeant des intérêts jugés comme majeurs tout en acceptant d'atténuer la peine de la mère, auteur de tels actes. Ainsi ce régime était-il d'une grande ambiguïté : à la fois sévère par sa nature (**I**) et clément par les peines prévues (**II**).

I. Un régime juridique révélant une certaine sévérité

La particulière sévérité du régime juridique entourant l'infanticide apparaît à la fois dans ses éléments constitutifs (**A**) et dans son caractère autonome (**B**).

A. L'infanticide : une infraction strictement définie

Défini comme le « meurtre d'un enfant nouveau-né » et situé dans le Code pénal parmi les premières infractions contre les personnes, l'infanticide est d'emblée classé parmi les homicides les plus graves, au même titre que le parricide, l'empoisonnement et l'assassinat. Il peut être déduit de sa définition un régime complexe, nécessitant la réunion d'éléments difficiles à déterminer. Alors que certains sont empruntés au meurtre (**1**), les plus décisifs restent propres à l'infanticide (**2**).

---

[228] Libericide : terme employé par E. Dumas dans sa thèse pour désigner le meurtre d'un enfant mineur (*cf.* E. DUMAS, *Du libericide ou meurtre des enfants mineurs par leurs parents*, Thèse de médecine, Lyon, A. Storck, 1892). Ce terme est à différencier de l'infanticide qui correspond strictement au meurtre de l'enfant nouveau-né, même si, aujourd'hui le terme anglo-saxon de « neonaticide » est de plus en plus repris dans la presse.

1. *Des éléments empruntés au meurtre*

Etant avant tout une catégorie particulière de meurtre[229], l'infanticide supposait la présence à la fois d'un geste homicide (élément matériel) et de l'*animus necandi* (élément intentionnel) propres à ce crime.

Un geste homicide. - Si l'on se réfère aux archives de médecine légale et aux pièces de procédures ayant trait à l'infanticide, il est permis de se rendre compte que ces actes sont souvent commis dans d'abominables circonstances révélant la volonté de l'auteur de se débarrasser rapidement des traces de son forfait. L'étude réalisée par le docteur Brouardel[230] sur l'infanticide démontre que les nouveau-nés victimes d'infanticide mouraient par suffocation suite à une asphyxie, par strangulation, par immersion dans l'eau ou dans une fosse d'aisance, par fracture du crâne, par plaie et mutilations, par combustion et plus rarement par empoisonnement. Matériellement, la première difficulté rencontrée en matière d'infanticide concernait la preuve. En effet, s'agissant d'un crime clandestin qui se commet en l'absence de témoin, l'accusation ne pouvait rapporter la preuve de la nature des actes criminels que par l'intermédiaire de l'expertise médico-légale. La seconde difficulté est d'ordre juridique. Elle consiste à savoir si un infanticide pouvait être provoqué par une omission, notamment lorsqu'une mère laisse mourir son enfant de faim ou de froid. Certains auteurs ont considéré que c'était l'intention qui faisait le crime et que, dès lors qu'une femme avait eu, en laissant son enfant sans soin, l'intention de le tuer, cette femme est une infanticide[231]. Pour d'autres, il n'y a pas d'infanticide sans acte matériel positif[232]. En tout état de cause, il faut remarquer qu'aucun arrêt n'a déclaré punissable un infanticide causé par simple omission[233].

---

[229] Et non un meurtre aggravé.
[230] P. BROUARDEL, *L'infanticide*, Paris, Libraire J.-B. Baillière et fils, 1897.
[231] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*. , tome V, p. 193.
[232] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op.cit*., art. 300, n°27.
[233] « Aucun arrêt recueilli, à notre connaissance du moins, n'a déclaré punissable un infanticide par simple omission et, si nous sommes bien informés, la pratique accepte, en fait, notre solution. Lorsque l'expertise médico-légale révèle sur la personne de l'enfant aucun coup, aucune blessure, aucune trace de violences quelconques, la preuve du crime et de l'intention deviennent si difficiles qu'on ne poursuit plus pour infanticide. C'est une des hypothèses où on cherche une autre qualification et on adopte ordinairement celle d'homicide par imprudence. », E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, nouvelle édition refondue et mise à jour par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, Paris, Sirey, 1956., art. 300, n°30, p.40.

Lorsque l'expertise médico-légale ne révélait aucune trace de violence sur l'enfant, les preuves du crime et de l'intention devenaient si difficiles que les parquets ne poursuivaient plus pour infanticide, mais pour homicide par imprudence. En effet, il était prévu dans l'ancien Code pénal, d'autres infractions permettant de poursuivre les mères négligentes. L'article 319 réprimait les homicides involontaires définis comme le fait pour « quiconque, par maladresse, imprudence, négligence, inattention, ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause ». Les mères qui refusaient d'accorder des soins à leur enfant nouveau-né entraient également sous le coup de l'article 63 al. 2[234] relatif à l'omission de porter secours à personne en péril[235]. Enfin, l'article 349[236] sanctionnait les individus qui exposaient le nouveau-né dans un lieu solitaire. Ceci explique que les médecins légistes et la doctrine juridique distinguaient entre les infanticides par omission et par commission. Les premiers étaient le résultat d'actes volontaires, tandis que les seconds survenaient par erreur, du fait de la négligence du défaut de soins, ou l'imprudence de la mère.

L'animus necandi. L'infanticide étant une espèce particulière d'homicide volontaire, il devait donc nécessairement être commis avec l'intention de donner la mort, *l'animus necandi*. Une simple intention malveillante se traduisant par un défaut de soins ou de mauvais traitements ne suffisait donc pas à caractériser l'élément moral de ce crime[237]. En pratique, la dissimulation de la grossesse, des traces d'un accouchement clandestin, la découverte même du cadavre n'établissaient que de vagues indices du crime. Ainsi, comme l'indiquent certains auteurs « ce serait une grave erreur de croire que les traces de mauvais traitement et de violences qu'on relève sur le corps de l'enfant, feront toujours la preuve de l'intention de l'agent de lui donner la mort. Une femme qui accouche sans secours peut, dans les douleurs de l'enfantement, blesser son enfant et même le tuer sans intention (…) Cette défense est encore une de celles qui se produisent fréquemment en cours d'assises et qui ont été souvent acceptées par le

[234] Art. 63 al.2 Anc. C. pén. : « sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter ».
[235] Cass. Crim. 4 août 1949, *Bull. crim*. n°275; Cass. Crim. 26 juillet 1954, *Bull. crim*. n° 276.
[236] Art. 349 C. pén. de 1810 : « ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, seront pour ce fait, condamnés à un emprisonnement de 1 à 3 ans ».
[237] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1212, p. 423 ; Cass. 29 mai 1806, *Bull*. n°82, cité par *ibid*. n°1217, p.430.

jury [238]». Il s'ensuit que seule l'expertise médico-légale pouvait faire la preuve que certaines violences comportent nécessairement l'intention de tuer : « comme le fait de couper l'enfant en morceaux, de détacher la tête du tronc, de le pendre, de le jeter dans l'eau bouillante, dans une mare ou dans une rivière » ; en revanche, les blessures à la tête, la suffocation, pourront quelquefois laisser subsister des doutes[239]. La caractérisation de l'*animus necandi* est également importante pour la même raison que le parricide. Lorsque l'infraction de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner n'existait pas, l'infanticide était toujours constitué dès lors que les coups portés avaient eu pour conséquence la mort du nouveau-né. En revanche, depuis la loi du 28 avril 1832, instituant cette nouvelle infraction, il devenait déterminant de savoir si l'auteur avait asséné des coups dans l'intention de tuer le nouveau-né ou simplement dans un autre but, comme celui de le faire taire ou suite à un excès de colère incontrôlable. Dans le premier cas il s'agissait d'un infanticide, alors que dans le second les auteurs étaient coupables de coups mortels.

2. Les éléments spécifiques de l'infanticide

Une fois le meurtre caractérisé, il convenait d'établir ce qui faisait la spécificité de l'infanticide, à savoir les conditions tenant à la victime. Elle devait d'abord, avoir la qualité de nouveau-né et ensuite être née vivante.

Une victime nouveau-née. - Si la victime ne possède pas la qualité de nouveau-né, le fait de lui donner la mort ne peut être qualifié, selon les circonstances, que de meurtre ou d'assassinat. Ce qualificatif de nouveau-né qui faisait la spécificité de l'infraction appelle deux remarques, concernant d'abord, le sens que les juges devaient donner à cette expression, et ensuite l'utilisation aléatoire qui en a été faite au profit tantôt de l'accusation et tantôt de l'accusé.

La loi étant restée muette sur la définition de l'expression « nouveau-né » et surtout sur la limite d'âge à partir de laquelle un enfant cesse d'être un nouveau-né, la doctrine et la jurisprudence se sont entendues pour affirmer que l'enfant nouveau-né était un enfant très

[238] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, 1956, art. 300, n°34, p. 40.
[239] *Ibid*., n° 35, p. 40.

jeune dont l'auteur de l'infanticide avait voulu cacher la naissance[240]. Mais cette définition ne fixait aucune limite d'âge. Une tentative de contournement de l'obstacle terminologique a eu lieu, lors de l'élaboration de la loi du 21 novembre 1901. Un amendement visant à clarifier la définition de l'infanticide avait, en effet, proposé de substituer à l'expression « nouveau-né » celle d'« enfant au moment de la naissance », mais celui-ci a été rejeté. Restait donc à préciser les termes de l'incrimination, ce qu'ont fait respectivement les médecins et les juristes. La médecine a été la première à essayer de pallier la lacune du législateur. Certains médecins légistes estimaient que « l'enfant nouveau-né est celui qui, à terme ou non, viable ou non viable, n'a pas dépassé le deuxième mois de la vie extra-utérine », d'autres se fondaient sur la formation de la cicatrice ombilicale ou encore sur la perte du cordon ombilical[241]. Lacassagne écrira dans son *Précis de médecine judiciaire* : « Si l'on veut tenir compte du terme nouveau-né, qui se trouve énoncé dans la loi et de notions scientifiques certaines, on doit dire que l'enfant est nouveau-né pendant le temps assez rapproché de la naissance qui permet de constater que cet enfant perd ses caractères fœtaux et s'acclimate à la vie[242] », c'est-à-dire aux alentours du dixième jour.

Le droit pénal à qui incombe de réprimer l'infanticide a déterminé un critère plus général. Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 28 avril 1832, beaucoup d'auteurs ont tenté de rechercher une réponse dans la *ratio legis*. Celle-ci voulait sanctionner par une peine plus sévère le meurtre de l'enfant dont la naissance était encore ignorée, car, n'ayant pas encore sa place dans la société, il pouvait être plus facilement supprimé[243]. L'enfant cessait donc d'être nouveau-né dès lors que sa naissance était connue. Ceci est exprimé clairement dans l'arrêt Marie Demange du 24 décembre 1835 :

> « *La loi, en qualifiant d'infanticide et en punissant d'une peine plus forte le meurtre d'un enfant nouveau-né n'a eu en vue que l'homicide volontaire commis sur un enfant nouveau-né, qui vient de naître, ou dans un temps très rapproché de celui de sa*

---

[240] « C*e serait donc étendre au-delà de ses termes comme de son esprit les dispositions de l'article 300, que de l'appliquer aux enfants dont la naissance est devenue notoire, lorsque l'accouchement n'a pas été clandestin et a eu lieu, comme dans l'espèce, au domicile de personnes connues, qui leur ont donné leurs soins et ont contribué à leur nourriture pendant un espace de huit jours* », Cass Crim. 14 avril 1837, *Bull. crim*. n° 114, *S.* 1837, 1, 358.
[241] E. DUMAS, *op. cit.*, p. 5.
[242] A. LACASSAGNE et E. MARTIN, *Précis de médecine légale*, Paris, 1921, p.25.
[243] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit*., 1956, art. 300, n°37, p.40.

naissance ; que ces dispositions ne peuvent être étendues au meurtre d'un enfant qui a déjà atteint l'âge de trente et un jours, et dont par conséquent la naissance, si elle n'a pas été constatée, n'a pu, au moins le plus souvent, rester entièrement inconnue ; cette extension répugne à la lettre de l'article 300 du Code pénal et à l'esprit de la législation sur l'infanticide, qui n'a voulu protéger par un châtiment plus sévère, la vie de l'enfant, que lorsqu'il n'est pas encore entouré des garanties communes, et que le crime peut effacer jusqu'aux traces de sa naissance[244]. »

Autrement dit, les faits cessent d'être qualifiés d'infanticide dès que la naissance est légalement constatée ou du moins lorsque les délais requis par la loi sont expirés. Comme l'indiquent Chauveau et Hélie, à partir de ce moment « la naissance est alors censée être connue ; la protection de la loi qui environne tous les membres de la cité veille sur l'enfant[245] ». Or, le délai de la déclaration de l'accouchement auprès de l'officier de l'état civil étant de trois jours, il était donc important de protéger la vie de l'enfant venu au monde pendant cette période, ce qui pourrait être assimilé à une garantie extraordinaire offerte par le droit pénal avant que se mettent en place les garanties ordinaires du droit commun.

Les cours d'appel ont relayé cette jurisprudence en refusant d'inculper d'infanticide les auteurs de meurtres d'enfants âgés de six ou sept jours qui avaient, par ailleurs, été inscrits sur les registres de l'état civil[246]. Ainsi, le fait de mettre fin à la vie de l'enfant nouveau-né, pendant le délai de trois jours imparti pour réaliser son inscription sur les registres de l'état civil, constitue sans conteste un infanticide. En revanche, lorsque les trois jours qui ont suivi la naissance sont expirés sans déclaration à l'officier de l'état civil, il semblerait que la victime ne puisse plus se prévaloir de la qualité de nouveau-né. Or, Garraud considère qu'il s'agit d'une solution trop absolue, car ce qui importe dans ce délai de trois jours est la notoriété de la naissance qui reçoit alors preuve irréfragable. En conséquence, l'enfant né depuis plus de trois jours peut très bien être victime d'un infanticide s'il est démontré que sa naissance est restée clandestine[247].

---

[244] Cass. Crim. 24 décembre 1835, *Bull. crim*. n°468.
[245] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1214, p. 427.
[246] CA Angers, 22 juillet 1847, *D*. 1847. 4. 297.
[247] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, *op. cit*., n°1884, p. 199.

L'âge de la victime de l'infanticide pouvait également faire l'objet d'une définition laissée à la discrétion des juridictions criminelles. En effet, concernant les condamnations prononcées par les cours d'assises, en l'absence de précision quant à l'âge exact de l'enfant victime, il était impossible pour la Cour de cassation d'opérer son contrôle. Si la déclaration du jury se contentait d'affirmer que « l'accusé est coupable d'avoir volontairement donné la mort à son enfant nouveau-né », tous les éléments constitutifs du crime d'infanticide étaient alors réunis, et il était impossible pour le juge du droit d'examiner les pièces de la procédure afin de vérifier si l'enfant avait ou non perdu sa qualité de nouveau-né[248].

L'ambivalence des conséquences de la qualité de nouveau-né de la victime sur l'issue du procès. - Pour l'auteur d'actes suscitant la question de l'âge de l'enfant, la qualité de nouveau-né était importante. Paradoxalement, selon les législations, l'auteur avait intérêt ou non à faire la preuve de l'âge de la victime. Lorsque la répression de l'infanticide était sévère, surtout entre 1810 et 1824, l'accusation cherchait à établir le bas âge de la victime pour aboutir à la qualification des faits en crime.

Puis, sous l'empire des lois qui ont suivi, ce fut à l'inverse la défense[249] et particulièrement les mères infanticides, qui avaient grand intérêt à établir la qualité de nouveau-né, le meurtre d'un nouveau-né étant puni moins sévèrement que celui d'un être plus âgé. Pour bénéficier d'un régime favorable, les mères qui ne parvenaient pas à instaurer le doute quant aux conditions de la mort de l'enfant alléguaient fréquemment avoir tué leur progéniture dans les instants qui ont suivi la naissance. En 1941, la loi a correctionnalisé l'infanticide. Ainsi, tous les auteurs, et non spécifiquement la mère, bénéficiaient d'une large clémence. Ce que ne manquera pas de souligner Donnedieu de Vabres : « Le bénéfice de cette présomption *(de mobile honorable)* et de l'indulgence qui en résulte, est étendu aux divers participants à ce genre d'infractions : à la peine du meurtre est substituée, pour tous, une peine correctionnelle (trois à dix ans d'emprisonnement)[250] ».

---

[248] Cass. Crim. 13 mars 1856, *Bull. crim*. n°106 ; Cass. Crim. 11 mars 1870, *Bull. crim*. n°62.
[249] « Dans une accusation d'infanticide, l'allégation que l'enfant était né mort ne rend pas nécessaire la position d'une question spéciale au jury sur ce point; c'est là un moyen de défense et non une excuse », Cass Crim. 26 janv. 1855, *D.* 1855. 1. 89.
[250] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit,* n°125, p. 78.

Enfin, même sous l'empire de la loi de 1954, dont l'objectif était de durcir la répression en matière d'infanticide, les auteurs avaient encore un grand intérêt à démontrer que leur victime « n'était qu'un nouveau-né ». En effet, la mère pouvait seule bénéficier de l'excuse de maternité, quant aux tiers, ils n'encouraient la peine de mort que si la victime avait été un enfant de moins de quinze ans[251] ou tuée par préméditation ou empoisonnement ou encore dans les cas visés par les articles 303 et 304 du Code pénal[252]. Même si la preuve était faite que la victime entrait dans la catégorie des nouveau-nés, il restait à démontrer qu'elle était née en vie.

L'infanticide supposant la destruction d'une vie humaine, il était important que l'enfant nouveau-né, victime de ce crime, soit vivant au moment du meurtre[253]. Même s'il est vrai que la vie de la victime ne soit pas une condition spécifique à l'infanticide, il n'en demeure pas moins que, pour cette infraction plus que pour les autres, elle constitue un élément déterminant, *sine qua non* de sa caractérisation. En effet, rien n'est plus difficile de savoir si un nouveau-né est mort-né ou décédé après avoir vécu l'espace d'un instant. Cette condition relative à la naissance en vie de l'enfant, a suscité de nombreuses difficultés d'ordre probatoire et juridique.

---

[251] Art. 312 Anc. C. pén. dans sa rédaction issue de la loi du 19 avril 1898.

[252] J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance … », *op. cit*., p. 45.

[253] Cass. 1er pluv. A VII et 22 janv. 1808, cités par A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1213, p. 425.
Selon la doctrine de l'époque, être né vivant ne signifiait pas pour autant avoir une vie extra-utérine, autrement dit, il n'était pas nécessaire que l'enfant ait respiré, ou ait eu une vie extra-utérine. Les auteurs se fondaient sur le fait que la mort supposait en elle-même l'existence d'une vie antérieure à la naissance. R. GARRAUD*, Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, *op. cit*., n°1883, p. 197, note 28 ; E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit*., 1956, art. 300, n°27, p.39.
Certains arrêts de Cours d'appel semblent aller dans ce sens : « qu'on ne saurait soutenir que l'homicide d'un enfant naissant, c'est à dire commis pendant l'accouchement même, ne tombe pas sous le coup de la loi ; que cette doctrine, appliquée au crime d'infanticide, serait la source d'une impunité scandaleuse ; que pour n'avoir pas encore respiré, l'enfant n'en a pas moins vie de la vie intra-utérine… ». Douai, 16 mai 1882, S. 18830.2.153 ; P. 1883.1.826. Cette définition de la personne juridiquement protégée par la loi pénale est largement contrastée par les derniers arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur le sujet de l'homicide involontaire de l'enfant à naître, *cf.* par exemple : Cass Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim*. n° 174 ; D. 1999. 710, note VIGNEAU ; *ibid*. 2000. Somm. 27, obs. MAYAUD, et 169, obs. DESNOYER et DUMAINE ; *JCP* 2000. II. 10231 (1er arrêt), note FAURE ; *Gaz. Pal*. 1999. 2. 676, note BONNEAU, et 1999. 2, Chron. 139, obs. Doucet ; *Petites affiches*, 17 nov. 1999, note DEBOVE ; *Dr. pénal* 2000. 3, obs. VERON ; *RS crim*. 1999. 813, obs. MAYAUD et Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim*. n° 165; *D*. 2001. Chron. 2907, note PRADEL; *ibid*. 2917, note MAYAUD; *JCP* 2001. II. 10569, note RASSAT ; *Petites affiches* 2001, n° 130 ; *RS crim*. 2002. 97, obs. BOULOC ; *Dr. pénal* 2001. Chron. 34, obs. DEMONT.

La détermination médico-légale de la mort post-partum. Dans un but probatoire, les médecins légistes[254] ont tenté de rechercher les signes préalables de vie chez la victime d'un infanticide. Le nombre conséquent d'études sur l'infanticide démontre qu'il s'agit d'un sujet d'une grande importance aux yeux des médecins légistes.

D'abord, les ouvrages consacrés spécifiquement à la mort des nouveau-nés, après l'accouchement, n'ont pas manqué. Les plus grands noms de la médecine légale ont apporté leur contribution à la matière. Le premier à avoir écrit sur l'infanticide est Chatagnier, en 1855[255], puis, les éminents Tardieu[256] et Brouardel[257].

Ensuite, depuis leur naissance en 1829, les *Annales d'hygiène publique* publient régulièrement des articles sur la question. Ces parutions sont de plusieurs natures. On retrouve certes des études générales sur la mortalité des nouveau-nés[258], mais ce sont surtout les cas rapportés d'infanticides qui remplissent les pages des revues. En effet, dans chacun des numéros, des médecins à la fois anonymes et de renoms font allusion aux autopsies qu'ils ont réalisées ; ils y intègrent les analyses et les méthodes utilisées ayant permis de déterminer que la victime avait vécu. Parmi celles-ci, peut être cité l'article des docteurs Hennequin et Charleville, en réponse aux questions posées par un magistrat instructeur dans une affaire d'infanticide présumé. A la question « à quels signes peut-on reconnaître qu'un enfant est venu au monde vivant ? Et quels sont les signes de la mort d'un enfant dans le sein de la mère ? », Ils répondaient : « pour qu'un enfant soit né en vie, il faut qu'il ait respiré. Quand la poitrine a augmenté de volume et changé de forme. Quand les poumons remplissent les cavités de la poitrine et recouvrent presque la totalité du péricarde. Quand la couleur d'un rouge obscur avant la respiration est devenue plus claire. Quand les cellules pulmonaires sont remplies d'air. Quand des poumons ou des fragments pulmonaires, placés dans un vase profond rempli d'eau propre et froide, surnagent. Quand un trou inter-auriculaire est comme fermé, … [259]»

---

[254] *Cf* sur ce thème : G. DUMONT, *L'émergence au XIXe siècle, de la médecine légale face à la criminalité domestique*, Mémoire de Diplôme Universitaire de criminalistique, Université Paris V - René Descartes, 2004.
[255] CHATAGNIER, *op. cit.,* p.5.
[256] A. TARDIEU, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, Paris, Librairie J.-B. Baillière et fils, 1868.
[257] P. BROUARDEL, *op. cit.*
[258] H. MILNE-EDWARDS et L.-R. VILLERME, « De l'influence de la température sur la mortalité des enfants nouveau-nés », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1829, vol. 2, p. 291.
[259] « Questions médico-légales relatives à l'infanticide, traitées par J.-B.-S. HENNEQUIN », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1829, tome 2, p. 481.

Les effets juridiques de la notion de naissance en vie. - Une fois la naissance en vie de l'enfant prouvée, la doctrine juridique s'est demandée d'une part, si un enfant mort-né pouvait néanmoins être victime d'un infanticide et d'autre part, si la condition de la naissance en vie était suffisante pour caractériser cette infraction.

La doctrine juridique s'est interrogée sur le point de savoir si la théorie du crime impossible pouvait être appliquée à l'infraction d'infanticide : était-il permis de sanctionner l'auteur de coups accompagnés d'une intention de donner la mort, alors même que la victime était mort-née ?

A cette époque, selon la théorie du crime impossible, longuement développée par Garraud et approuvée par la jurisprudence, seules les infractions, qui ne pouvaient se réaliser qu'à cause d'éléments de fait imputables à l'auteur, étaient susceptibles d'être sanctionnées sur le terrain de la tentative[260]. En revanche, lorsque l'impossibilité avait pour origine l'inapplication de la norme juridique (impossibilité de droit), aucun fondement ne permettait la répression. Donnedieu de Vabres, qui distinguait entre impossibilité relative et absolue, indiquait à cet égard qu'était « injustifiée, à raison de l'impossibilité absolue, l'inculpation d'infanticide, dirigée contre la mère d'un enfant mort-né[261] ».

Concernant l'infanticide, les auteurs se sont accordés pour considérer que la théorie de l'infraction impossible ne devait pas s'appliquer. Autrement dit, contrairement à ce qui a été admis en 1986 dans l'arrêt Perdereau[262], un individu ne pouvait se rendre coupable d'un infanticide s'il avait attenté à la vie d'un enfant nouveau-né déjà mort[263]. Aujourd'hui, la solution semblerait être identique si l'on se fonde sur la jurisprudence relative à l'homicide involontaire qui n'admet pas qu'un enfant non vivant et viable soit victime d'un tel délit[264].

---

[260] Sur l'infraction impossible *cf.* Y. MAYAUD, *Droit pénal général,* Paris, PUF, 2004, n°252 et s.. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit*., 2005, n°456 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1 : problèmes généraux de la science criminelle - droit pénal général*, *op. cit*., n°507 et s.

[261] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit*., n° 249, p. 141.

[262] Cass. Crim.16 janvier 1986, *D*. 1986. 265 ; *Rev. Sc. Crim.* 1986, p.839.

[263] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit*., 1956, art. 300, n°26, p.39.

[264] Notamment Cass. Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim*. n° 174 ; D. 1999. 710, note VIGNEAU ; *ibid*. 2000. Somm. 27, obs. MAYAUD, et 169, obs. DESNOYER et DUMAINE ; *JCP* 2000. II. 10231 (1er arrêt), note Fauré ; *Gaz. Pal*. 1999. 2. 676, note BONNEAU, et 1999. 2, Chron. crim. 139, obs. DOUCET ; *Petites affiches*, 17 nov. 1999, note DEBOVE ; *Dr. pénal*

Si l'enfant devait être né vivant, il n'était pas nécessaire pour autant qu'il soit né viable. Les juges du fond ont été amenés à apprécier cette question. La cour d'appel d'Aix en Provence a notamment estimé en 1951 qu'il n'était « pas nécessaire, au sens de l'article 300 du Code pénal, que le "nouveau-né", dont la mort a été provoquée, ait vécu d'une vie extra-utérine c'est-à-dire que la respiration se soit effectuée ; en conséquence, tombe sous le coup de la loi pénale le meurtre d'un enfant naissant, c'est-à-dire perpétré au cours de l'accouchement, seul le produit de la conception ayant cessé de vivre avant le début du travail de l'accouchement pouvant être considéré comme "mort-né" »[265].

A l'appui de leur théorie faisant de la viabilité une condition de l'infanticide, certains auteurs se sont fondés sur l'article 725 du Code civil qui déclare incapables de succéder les enfants nés non viables[266]. Ils en déduisaient que des êtres n'ayant aucune existence reconnue par les lois civiles ne devaient pas être protégés par la loi pénale.

Cette controverse, fortement débattue dans les premiers temps du Code pénal, a rapidement été abandonnée. Le courant doctrinal majoritaire estimait que ce critère n'était que la résurgence des lois antiques qui autorisaient le meurtre des enfants débiles et mal conformés, que d'aucuns appelaient des monstres. La loi pénale exigeait simplement que la victime de l'infanticide ait existé, elle ne précisait en aucun cas le degré de vitalité qu'elle devait posséder, ni même le terme de la gestation ou encore le développement qu'il devait avoir[267].

Garraud indiquait, pour conclure à l'abandon de ce critère, que la définition légale de l'infanticide et de l'avortement ne mentionnait aucun terme duquel il pouvait être induit la nécessité de la viabilité, de sorte que ces deux infractions étaient qualifiées « indépendamment de l'aptitude de la victime à la vie [268] ».

2000. 3, obs. VERON ; *RS crim*. 1999. 813, obs. MAYAUD et Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim*. n° 165; *D*. 2001. Chron. 2907, note PRADEL; *ibid*. 2917, note MAYAUD; *JCP* 2001. II. 10569, note RASSAT ; *Petites affiches* 2001, n° 130 ; *Rev. Sc. crim*. 2002. 97, obs. BOULOC ; *Dr. pénal* 2001. Chron. 34, obs. DEMONT.

[265] Aix 5 janvier 1951, *J.C.P.*IV.112.

[266] Art. 725 al. 1 C. civ. : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ».

[267] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1212, p. 424.

[268] R. GARRAUD*, Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, *op. cit*., n°1882, p. 196.

B. L'infanticide : une infraction autonome

Même si en théorie la perception de l'infanticide, en tant qu'infraction autonome ou meurtre aggravé, renseigne sur l'importance que le législateur a voulu lui donner par rapport aux autres incriminations, le dilemme a été résolu par la jurisprudence appelée à se prononcer sur un aspect pratique. En effet, le problème du caractère spécifique du crime d'infanticide a été soulevé pour préciser le nombre de questions devant être posées au jury de la cour d'assises.

Sous l'empire des lois antérieures à 1901, la question principale posée au jury pouvait contenir à la fois les éléments du meurtre et la qualité de nouveau-né de la victime[269], même s'il était permis d'envisager cette dernière qualité dans une question distincte lorsque celle-ci était contestée par la défense[270]. L'infanticide est indivisible, s'il n'est pas constitué en tant que tel, aucune autre poursuite ne sera permise sous un autre chef. Il s'ensuivait que la qualité d'enfant nouveau-né apparaissait comme un élément constitutif de l'infraction et non comme une circonstance aggravante. Par comparaison, l'assassinat qui est un meurtre aggravé devait faire l'objet de deux questions, l'une portant sur le meurtre et l'autre sur la préméditation.

Des difficultés ont commencé à naître lorsque la loi du 21 novembre 1901 a cessé de présenter l'infanticide comme « le meurtre d'un enfant nouveau-né », pour le définir comme « le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né ». Auparavant, défini comme un meurtre et puni comme un assassinat, l'infanticide ne tenait pas compte de la préméditation pour sanctionner les actes par la peine capitale. Il était donc simple d'affirmer que la sévérité de la peine faisait de l'infanticide un crime spécifique. Mais la loi de 1901 a distingué pour la première fois l'infanticide commis avec et sans préméditation. La préméditation semblait donc être le fondement essentiel de toute condamnation à la peine de mort. Il est par conséquent légitime de s'interroger sur le maintien du caractère spécial de l'infanticide à l'issue de cette réforme.

[269] Cass. crim. 21 août 1840, *Bull. crim*. n°237 ; Cass. crim. 11 mars 1870, *Bull. crim*. n°62.
[270] A. CHAUVEAU et F. HELIE*, op. cit*., n°1217, p. 431

A en croire une infime partie des auteurs, les deux motivations essentielles de cette loi qui maintenait dans un texte particulier l'incrimination d'infanticide, étaient de réserver un sort plus favorable à la mère coupable de ce crime par l'application de l'article 302 de l'ancien Code pénal et ne plus faire de l'infanticide un crime spécifique. Foncièrement opposé au caractère autonome de l'infanticide[271], Garraud adoptait un point de vue original sur le sujet. Il affirmait qu'en 1901, l'infanticide a cessé d'être une infraction autonome. A l'appui de son raisonnement, il avançait que « si l'article 300 définit l'infanticide et le nomme, l'article 302 évite, avec une intention évidente, de reproduire ce nom. Il semble que le législateur ait voulu marquer énergiquement dans ce dernier texte sa volonté de le supprimer, pour le faire rentrer dans les catégories ordinaires du meurtre ou de l'assassinat[272] ». Il ajoutait qu' « en réalité, l'infanticide a cessé d'être un crime spécial, aussi bien pour la mère que pour toute autre personne. Le fait principal est le meurtre, aggravé ou non par la préméditation, et l'excuse est constituée par la double circonstance que la victime est un enfant nouveau-né et que l'accusée en est la mère »[273].

Toutefois, selon la doctrine majoritaire, les juridictions répressives ont continué, après la loi de 1901, à faire application de leur jurisprudence antérieure. Gérard Levasseur, en particulier ces dernières années, soutenait cette thèse[274]. Il convient d'abonder dans ce sens, tant il paraît évident que si le législateur de 1901 avait eu l'intention de réduire l'infanticide à un homicide volontaire aggravé ou non par la préméditation, il aurait tout simplement opéré la même démarche que celle qui sera entreprise en 1992. En effet, seule la suppression de l'incrimination de l'article 300 aurait pu laisser croire à une volonté délibérée de ne plus stigmatiser l'auteur d'un tel crime, tout en maintenant l'excuse de l'article 302 au profit de la mère. A tout le moins, si l'infanticide était devenu en 1901 un meurtre aggravé, le terme même d'infanticide aurait été retiré du texte d'incrimination.

Plus tard, les législations successives ont persisté dans l'érection de l'infanticide en une infraction autonome. En effet, la loi du 2 septembre 1941 modifiant le régime juridique de l'infanticide pour en faire un délit, démontre son caractère spécifique. La loi du 13 avril 1954,

---

[271] Comme pour le parricide.
[272] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit*., 1956, art. 300, n°17, p.38.
[273] *Ibid*. n°21, p.39.
[274] G. LEVASSEUR, *Rép. pén.*, v°« Infanticide », 1968, n°2, p.1.

quant à elle, est intervenue dans le sens inverse en réintégrant l'infanticide dans la catégorie des crimes et en ne différenciant plus entre l'infanticide commis avec et sans préméditation. Cela permettait alors de revenir au système antérieur à 1901 tout en conservant l'excuse de l'article 302. Le doute n'était ainsi plus permis.

Finalement, la Chambre criminelle s'est prononcée dans ce sens par un arrêt du 24 juin 1992 : « selon les dispositions combinées des articles 300 et 302 al. 2 du Code pénal, l'infanticide commis par la mère de son enfant nouveau-né est un crime spécifique dont les éléments constitutifs peuvent être réunis en une question unique[275] ».

II. D'un régime répressif bienveillant à l'abrogation

Le crime d'infanticide présente une nouvelle singularité, celle d'un paradoxe répressif (**A**), en dépit d'une incrimination non limitative quant aux auteurs, ces derniers sont condamnés moins sévèrement lorsqu'ils se trouvent en première ligne. Cette incohérence aboutira à l'abrogation de l'infanticide lors de la réforme pénale de 1992 (**B**).

A. Le paradoxe de la répression

Comme l'attestent les chiffres publiés par le Ministère de la justice, les mères constituent la plus grande part des auteurs d'infanticide. Mais à en croire le texte de l'article 300 de l'ancien Code pénal, rien ne laisse penser que ce crime doive s'entendre comme réprimant cette unique catégorie de personne (**1**). Néanmoins, si une mère devait être reconnue coupable, lui était alors appliqué le bénéfice de l'excuse prévue au second alinéa de l'article 302 (**2**). Et c'est évidemment en cela que l'infanticide se présente comme une infraction originale.

[275] Cass. Crim. 24 juin 1992, *Bull. crim.* n°256.

1. L'absence de limitation quant aux personnes visées par l'infraction

Si l'on s'attarde sur les termes de l'article 300 de l'ancien Code pénal, on s'aperçoit que l'infanticide n'est pas une infraction spécialement familiale, son champ d'application étant suffisamment large pour y inclure tout individu ayant ou non un lien familial avec le nouveau-né. Par ailleurs, si un sort particulier est réservé à la mère coupable, celui-ci ne peut bénéficier aux autres personnes.

Historiquement, savoir si l'infanticide ne pouvait être imputable qu'à la mère de la victime ou si toute personne qui avait tué un enfant nouveau-né pouvait se rendre coupable de ce crime, a toujours constitué une grande interrogation. Dans l'Ancien Droit, l'ordonnance de 1556 ne prévoyait des peines qu'à la seule mère de la victime. Lors de l'édiction du Code pénal de 1810, la distinction n'a pas été reproduite. Est-ce pour autant qu'elle a été supprimée ? De là est née la polémique.

Carnot estimait que les motifs et les caractères particuliers de l'infanticide n'existaient plus lorsque l'infraction était commise par un individu qui n'était pas la mère. En d'autres termes, seule la qualité de mère aggravait le meurtre pour en faire un infanticide. La Cour de cassation a rejeté cette opinion en déclarant que « la loi ayant défini l'infanticide comme le meurtre de l'enfant nouveau-né, sans exiger le concours d'aucune circonstance, il suffit que le meurtre ait été commis sur un enfant nouveau-né, pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine portée contre l'infanticide, sans qu'il soit nécessaire que l'auteur du crime ait été le père ou la mère de l'enfant[276] ». Ainsi, l'existence de la qualification spéciale de l'article 300 de l'ancien Code pénal ne s'attachait pas au degré de parenté de l'auteur du meurtre avec sa victime, car père, mère et tiers entraient au même titre sous le coup de la loi pénale. Celle-ci ne prenait pas davantage en considération la faiblesse de la victime, puisque comme nous l'avons précédemment indiqué, l'enfant en âge d'être inscrit sur les registres de l'état civil ne peut plus être victime d'un infanticide.

[276] Cass. 8 février 1816, *S.* 1818.1.143 ; Cass Crim. 14 avril 1837, *Bull. crim*. n°114.

Il est important d'insister sur le sort réservé à l'auteur du meurtre d'un descendant qui ne serait pas nouveau-né. Alors que l'article 312 de l'ancien Code pénal prévoyait l'aggravation de la peine en matière de coups mortels si l'auteur était le père ou la mère de la victime, aucun texte n'accroît la répression du meurtre qui reste intrinsèquement plus blâmable.

Le caractère singulier de l'infanticide pouvait s'observer, par ailleurs, dans le régime spécifique de répression de la complicité dans l'hypothèse où la mère avait participé à la commission de l'infraction. En effet, les termes de l'article 302 sont explicites : « … mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ses coauteurs ou complices[277] ». Les complices et les coauteurs ne sont pas admis au bénéfice de l'excuse de maternité.

En cas d'infanticide commis par la mère et d'autres coupables, la loi du 13 avril 1954 a apporté une exception aux règles de la répression en matière de complicité. Selon Jean Larguier, « le texte marque un pas de plus dans la spécification des situations faites à l'auteur et au complice[278] ». On pourrait presque poursuivre en précisant que ce texte marque également un pas de plus dans la spécification de l'infanticide face aux infractions de droit commun contre les personnes. La mère complice encourait donc une peine qui lui était propre, indépendamment de celle de l'auteur. De la même façon, si le complice était un tiers et si la mère était auteur, le complice n'empruntait pas la criminalité de la mère. Ainsi, il ne s'agissait plus d'un emprunt de criminalité de l'agent principal, mais d'un emprunt de criminalité objectif, tenant à la nature spécifique de l'infraction commise[279].

Certaines législations étrangères avaient institué des causes légales « d'atténuation de la peine en faveur de celle ou de celui qui s'est rendu auteur ou complice d'un avortement ou d'un infanticide quand l'acte a été commis pour sauver l'honneur de la mère[280] ». Cela démontre, une fois de plus, la spécificité de l'infanticide français, qui, cependant, ne survivra pas à l'entrée en vigueur du Code pénal actuel.

---

[277] Dans la version issue de la loi du 25 juin 1824, on pouvait lire : « Cette réduction de peine n'aura jamais lieu à l'égard d'aucun individu autre que la mère ».
[278] J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance … », *op. cit.*, p. 44.
[279] *Id*.
[280] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n°378, p. 217 : il citait entre autre le Code belge, hongrois, hollandais, italien).

2. L'excuse de maternité : une clémence controversée

Dès ses débuts dans le Code pénal, l'infanticide bénéficiait d'un régime strict qui n'admettait aucune faveur pour ses auteurs. Puis, en 1824, le législateur décida d'attribuer aux seules mères, auteurs de ce crime, le bénéfice de circonstances atténuantes[281]. La loi du 28 avril 1832, quant à elle, a supprimé cette exclusivité pour étendre le régime des atténuations à tous les auteurs. En pratique, aucune excuse n'était retenue concernant l'origine de la naissance. Ainsi la Cour de cassation avait-t-elle refusé de tirer des conséquences légales du fait que l'auteur aurait été victime d'un viol[282]. Tout comme le parricide et bien qu'aucune disposition ne l'ait prévu, l'infanticide était donc *de facto* un crime quasi-inexcusable. Mais en réalité, le sort réservé aux mères coupables était encore plus indulgent, car usant de leur pouvoir souverain d'appréciation fondé sur leur intime conviction, les jurés des cours d'assises n'hésitaient pas à acquitter les mères en détresse.

Il faudra attendre les débats relatifs à la loi de 1901 pour que réapparaisse l'idée d'instaurer une peine moins sévère pour les mères infanticides. Le rapporteur de la loi du 21 novembre 1901, Félix Martin, avait demandé que soit débattu un amendement selon lequel dans le cas où l'auteur était la mère et où celle-ci avait agi « sous l'influence d'un état mental troublé par la grossesse ou l'angoisse », la peine soit bornée entre un an et cinq ans d'emprisonnement[283]. Finalement, après l'adoption de la loi, la mère auteur ou complice d'un infanticide bénéficiera d'un régime répressif particulier[284]. En effet, l'article 302 de l'ancien Code pénal fut modifié pour disposer en son alinéa 2 que « la mère, auteur principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né, sera punie de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans … ». Il ressort de cette disposition que si l'auteur d'un infanticide était la mère de la victime, elle serait punie d'une peine nettement inférieure à celle de ses complices, ces derniers pouvant subir une condamnation allant jusqu'à la peine de mort[285]. L'excuse de maternité, alors adoptée, permettait à la mère de bénéficier d'une atténuation de peine, mais

[281] Art. 5 L.25 juin 1824.
[282] Cass. Crim. 30 août 1855, *Bull. crim*. n°307.
[283] R. DESIRY, *op. cit*., p. 82.
[284] Cette disposition abrogée lors de la correctionnalisation issue de la loi 2 septembre 1941, a été rétablie par la loi du 13 avril 1954.
[285] Dans l'hypothèse de l'assassinat.

en aucun cas d'être exonérée de sa responsabilité pénale[286]. Il s'agit, en effet, d'une excuse car c'est la loi, elle-même, qui la prévoit. Précisément, l'alinéa 2 de l'article 302 établit une excuse légale fondée sur la qualité de l'auteur des faits. La jurisprudence l'avait déjà admis au sujet de l'article 343 du Code relatif à l'arrestation arbitraire[287]. De cette façon, le législateur pensait éviter les conséquences de l'indulgence excessive des jurys à l'égard des « infanticides *honoris causa* », qui prononçaient régulièrement l'acquittement des accusées. Selon les auteurs de la loi, la raison d'être de l'excuse était de reconnaître qu'il pouvait exister un conflit pour une femme entre son obligation de respecter la vie d'un être humain et sa crainte du déshonneur. Mais comme le faisaient remarquer fort justement les commentateurs de la loi, cette raison ne vaut que pour les mères célibataires[288]. Des criminologues avaient indiqué à cet égard qu' « il est d'usage de mettre l'infanticide sur le compte d'une crainte exagérée, soit du scandale public, soit de la colère paternelle… La réalité est plus banale et témoigne plus fréquemment de sentiments seulement égoïstes [289]». Cette critique se contente de souligner ce que Cambacérès avait déjà recommandé : « le déshonneur n'est pas le seul motif qui porte à ce crime. L'intérêt le fait aussi commettre[290] ». Ainsi, il apparaît peu justifié de faire profiter de cette excuse de maternité à toutes les mères auteurs d'infanticide.

Toutefois, si le législateur avait décidé d'octroyer ce bénéfice aux uniques mères en détresse, il aurait alors été obligé de faire machine arrière dans sa volonté de mettre fin à la prise en considération du mobile pour la détermination de la peine. Pour donner un fondement plus rationnel, Donnedieu de Vabres expliquait que la réduction de peine dont bénéficiaient les mères coupables d'infanticide reposait sur la présomption d'un mobile honorable[291]. Mais il ajoutait qu'il s'agissait « d'une présomption légale (*juris* et *de jure*) dont les circonstances peuvent manifester la fausseté[292] ». Il préconisait, à ce titre, de prendre pour modèle les systèmes étrangers[293] qui diversifiaient le *quantum* de la peine, non pas suivant la qualité de

---

[286] Précisons que selon Jean Paul DOUCET, le droit belge ne connaît d'excuse atténuante de maternité que si la mère a tué son enfant illégitime, J.-P. DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine*, *op. cit.* , p. 106.
[287] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, 1956, *op. cit*., art. 300, n°39, p. 19.
[288] R. BONNEAUDEAU, « l'excuse atténuante de maternité en matière d'infanticide et d'avortement », *Revue d'études et d'informations de la gendarmerie nationale*, 2ème trim.1969, n°80, p. 29 ; *D*. 1902, 4, 17 et 18.
[289] P. CANNAT, dans une étude réalisée à la maison centrale de Haguenau publiée dans sa « Chronique de criminologie », *Rev. Sc. Crim*. 1949, p. 389.
[290] Cité par GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., tome V, p. 552.
[291] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit,* n°125, p. 78.
[292] *Id*.
[293] Notamment italien.

l'agent, mais suivant la nature du mobile qui, dans le cas concret, a déterminé sa conduite[294]. En réalité, le régime répressif dont bénéficiait la mère coupable semble avoir été créé dans l'unique dessein de mettre un terme au nombre trop important d'acquittements prononcés par les jurys des cours d'assises.

B. L'abandon de l'infanticide dans le Code pénal de 1992

Le Code pénal de 1992 n'a pas cru devoir réintégrer l'infanticide. Les causes de cette éviction avancées par le législateur sont imprécises et surtout se fondent sur des postulats erronés. Selon les rapporteurs, l'infanticide laisse place à une circonstance aggravante du meurtre, néanmoins cette aggravation ne concernera pas l'hypothèse des descendants de plus de quinze ans (1). Cette évolution conduit à nous interroger sur le régime répressif actuel de ce qui aurait été jugé comme un infanticide sous l'empire du Code pénal ancien (2)

1. Les motivations discutables de l'abandon de l'infanticide au profit de l'aggravation du meurtre

En 1991, les débats parlementaires relatifs à l'adoption d'un Code pénal nouveau laissaient apparaître que l'infanticide n'était plus une préoccupation. Le législateur estimait que « le meurtre de l'enfant de moins de quinze ans constituant une circonstance aggravante rendant le meurtrier passible de la réclusion criminelle à perpétuité, l'incrimination spécifique d'infanticide – meurtre du nouveau-né – n'avait plus de raison d'être[295] ». Ce faisant « n'ayant plus de raison d'être », l'infraction a été supprimée. Les motifs de son abrogation ne peuvent être satisfaisants, car le fondement de l'infanticide n'est pas la protection d'un enfant venant de naître, mais la suppression dans des circonstances occultes d'un être dont la naissance a été privée d'inscription sur les registres d'état civil. Dire que l'infanticide est aujourd'hui englobé dans l'infraction aggravée de meurtre sur mineur de quinze ans paraît être un raccourci

[294] *Id*.
[295] *Documents. AN* 1990-1991, n°2121, p. 59.

dangereux. Il eût été préférable de soutenir que l'enfant faisait désormais l'objet d'une protection accrue et que dès lors, la définition de l'infanticide paraissait désuète car les intérêts qu'il entendait défendre ne méritaient plus de l'être. En effet, à une époque où l'accouchement sous X est institué, l'interruption volontaire de grossesse légalisée et les accouchements clandestins devenus rares, l'infanticide apparaissait suranné.

D'un point de vue criminologique, les causes de l'infanticide ont, elles aussi, peu à peu disparu : fin du statut de domestique, égalité au sein des filiations par les lois du 3 janvier 1972 et 25 juin 1982. En tout état de cause, la question de l'infanticide aurait dû donner lieu à un débat sur son maintien bien plus tôt. Lorsque les droits de l'enfant ont commencé à apparaître, l'infanticide devait, quant à lui, disparaître, eu égard à l'étroitesse de sa définition. Il est donc regrettable que l'infanticide ait eu une vie si longue, certainement à cause de l'attachement des juristes à un régime dont ils ont rencontré quelques difficultés à se séparer.

Désormais, le fait de tuer un enfant mineur de quinze ans constitue une circonstance aggravante du meurtre qui rend les faits punissables de la réclusion criminelle à perpétuité, maximum des peines privatives de liberté envisagée par le Code pénal. Ainsi, il est peu important de rechercher si l'auteur des faits a commis son acte avec préméditation, car l'assassinat aggrave la peine du meurtre à la même hauteur que l'âge de la victime[296]. Contrairement, au parricide qui persiste par l'aggravation du meurtre sur ascendant, il n'existe aucune aggravation tenant à la qualité de la victime de descendant de la victime. Le meurtre du fils de plus de quinze ans par ses père et mère, n'est donc regardé avec aucune sévérité particulière. Ceci peut être également constaté concernant l'empoisonnement, car l'article 221-5 du Code pénal renvoie aux mêmes hypothèses d'aggravation que le meurtre.

Enfin, le régime de l'excuse de maternité institué pour l'infanticide peut se retrouver dans la possibilité pour le juge de diminuer autant qu'il le souhaite la peine prévue par le texte répressif. De cette façon, si le contexte l'impose, les cours d'assises pourront prononcer des peines largement en deçà de la réclusion criminelle à perpétuité.

[296] Seule la durée de la période de sûreté peut varier selon que le meurtre est accompagné ou non d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie

Du fait de la disparition du crime spécifique d'infanticide, la mère auteur d'un homicide sur la personne de son enfant, quel que soit son âge en dessous de quinze ans, encourt aujourd'hui les peines de droit commun, à savoir la réclusion criminelle à perpétuité.

Le caractère nouveau de l'aggravation n'a pas été sans soulever quelques difficultés transitoires. Les tribunaux ont dû notamment se poser la question de savoir si un meurtre antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, dont un mineur de quinze ans était la victime, pouvait être poursuivi sur le fondement de la nouvelle aggravation, alors que, par hypothèse, celle-ci correspondait à une disposition plus sévère. La réponse a été positive : « C'est à bon droit qu'une chambre d'accusation ordonne le renvoi de l'accusé devant la cour d'assises pour un meurtre commis antérieurement au 1er mars 1994, sur un mineur de quinze ans, en se fondant, pour retenir cette circonstance aggravante non prévue à la date de la commission des faits, sur la parité de la peine telle qu'elle résulte des articles 304, alinéa 3, ancien et 221-4 nouveau du Code pénal[297] ». L'identité des peines semble être le fondement de cette solution. Antérieurement puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il n'était pas aggravé, le meurtre d'un mineur de quinze ans relève aujourd'hui de cette même peine du fait, au contraire, de l'aggravation qui en rend compte, cette parité étant le résultat de la nouvelle hiérarchie des peines mise en place par le nouveau Code pénal après l'abolition de la peine de mort par la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981. Selon Yves Mayaud, « il est donc normal de considérer la chronologie des textes comme s'inscrivant dans une continuité répressive, ce qui a pour conséquence de ne pas faire obstacle à l'application de la circonstance aggravante[298] ».

2. Réflexions sur la répression actuelle du « néonaticide ».

L'analyse de la jurisprudence actuelle des cours d'assises nous mène à penser que l'esprit de la législation relative à l'infanticide perdure. En effet, les affaires médiatiques dites d'infanticide semblent faire la distinction selon l'âge des victimes. En droit positif, la sémantique a quelque peu évolué pour évoquer le terme infanticide pour le meurtre d'un enfant sans discrimination

[297] Cass. crim. 5 juin 1996, pourvoi n° 96-81.310 *Bull. crim*., n° 235.
[298] Y. MAYAUD, *Rép. pén.*, v° « meurtre », février 2006, n° 187 et 188.

d'âge et le terme « néonaticide » lorsqu'il s'agit de l'homicide d'un nouveau-né. Autrement dit, le néonaticide correspondrait au crime d'infanticide prévu par l'ancienne législation[299].

L'affaire Véronique Courjault, également appelée « affaire des bébés congelés » renvoie au procès de Véronique Courjault, mère de famille ayant tué trois de ses nouveau-nés, devant la cour d'assises d'Indre-et-Loire en 2009[300]. En juillet 2006, Jean-Louis Courjault, seul à Séoul pendant que sa famille passe ses vacances en France, découvre deux cadavres de bébés dans le congélateur familial et prévient la police. Quelques jours plus tard, alors qu'il a rejoint sa femme et ses fils en France, les tests ADN réalisés par les autorités sud-coréennes authentifient les nouveau-nés comme étant les enfants du couple Courjault. Le 22 août 2006, Jean-Louis et Véronique Courjault tiennent une conférence de presse au cours de laquelle ils contestent les résultats des tests ADN et dénoncent un « lynchage médiatique », avec un possible lien avec les activités professionnelles de Jean-Louis Courjault, travaillant pour une entreprise américaine soumise à des rivalités commerciales. Après que l'enquête a été transmise aux autorités françaises et que de nouveaux tests ADN ont été réalisés, Véronique Courjault avoue le 12 octobre 2006 avoir tué et congelé les deux bébés nés à Séoul en 2002 et 2003 ainsi qu'un premier enfant en 1999 alors que le couple habitait en France. En janvier 2009, alors qu'il était mis en examen pour complicité d'assassinat, un non-lieu est prononcé pour Jean-Louis Courjault qui a toujours assuré ne pas avoir eu connaissance des grossesses de sa femme. En juin 2009, Véronique Courjault est condamnée par la cour d'assises d'Indre-et-Loire à huit ans de réclusion criminelle pour les trois infanticides. Cette peine clémente[301] est à notre sens liée aux réminiscences du régime juridique encadrant les infanticides commis par les mères. Aujourd'hui plutôt que d'évoquer clairement la notion d'excuse de maternité, les commentateurs préfèrent parler de la prise en compte d'une conséquence désastreuse du syndrome du déni de grossesse des mères. Peu importe le mobile ou les origines de l'acte infanticide, que ce soit l'absence d'autorisation de l'avortement ou le déni de grossesse, il est

[299] Le terme a été employé pour la première fois par Phillip J. Resnick en 1970 (Ph.-J. Resnick, « Murder of the newborn: a psychiatric review of neonaticide », *Am J Psychiatry*, 1970, vol. 126, n°10, p.1414–1420) et a fait son apparition dans le Petit Robert 2017 avec pour définition : « Homicide commis sur un enfant né il y a moins de 24 heures ».

[300] « Bébés congelés: une Française devant les juges », *RTSinfo* [en ligne] 8 juin 2010 ; « Le lourd secret de Véronique Courjault devant les assises », *L'Express* [en ligne] 4 juin 2009 ; « Véronique Courjault remise en liberté », *Libération* [en ligne] 18 mai 2010.

[301] Véronique Courjault sera remise en liberté conditionnelle en mai 2010, elle aura purgé finalement une période de moins de 4 ans de privation de liberté.

évident qu'*in fine* les peines prononcées sont plus clémentes lorsque les victimes sont des nouveau-nés au sens de l'article 300 de l'ancien Code pénal.

L'affaire dite de l'infanticide de Berck-sur-Mer, *a contrario* de la précédente, illustre également ces réminiscences du crime d'infanticide. Adélaïde, quinze mois, a été retrouvée morte en 2013 sur une plage de Berck, dans le Pas-de-Calais. Sa mère, Fabienne Kabou, a été jugée à partir du 20 juin 2016, devant la cour d'assises de Saint-Omer. Enfant fantôme, non déclarée à l'état civil, Adélaïde a été retrouvée inerte sur la plage, un matin d'hiver. Même si les jurés ont considéré que le discernement de l'accusée avait été altéré au jour de l'acte, ils ont prononcé une peine de vingt ans de réclusion criminelle[302]. Un enfant de quinze mois ne peut plus être considéré comme un nouveau-né[303]. C'est la raison pour laquelle il n'a pas été fait application de l'excuse de maternité inspirée de l'article 302 de l'ancien Code pénal. Une dichotomie claire est donc opérée entre l'infanticide lourdement sanctionné et le néonaticide implicitement excusé.

[302] Au jour de la rédaction de cette thèse, un appel a été interjeté par l'accusée.
[303] S. DURAND-SOUFFLAND, « Infanticide de Berck : les jurés face à l'énigme Fabienne Kabou », *Le Figaro* [en ligne] 23 juin 2016.

CHAPITRE 2

DE L'ABROGATION DU VOL DE DOMESTIQUE

A LA REPRESSION DU « VOL DOMESTIQUE »

Les incriminations contre les biens connaissent aussi le milieu domestique. Commises par un membre du foyer qu'il soit son préposé ou un parent de la victime, les infractions ne sont pas réprimées de la même façon.

Le vol de domestique. - Le vol de domestique, que certains auteurs dénomment à tort vol domestique, peut se définir comme le vol aggravé par la double circonstance d'une commission par un domestique, au domicile du maître. Empreint de domesticité au plus haut point, il est la parfaite illustration d'une infraction spécifiquement attachée à la maison. Comme toutes ces infractions fondées sur des valeurs qui ont, au fil du XXe siècle, perdu de leur superbe, le vol domestique s'est retrouvé effacé du Code pénal.

Contrairement aux infractions envisagées précédemment, le vol de domestique n'est pas une infraction autonome au sens juridique du terme. Il s'agit de l'infraction de vol aggravée par la circonstance d'une commission à la fois dans un lieu déterminé : la maison et par une personne de confiance : « le domestique ». Certains auteurs diront que le caractère particulier qui l'entoure change sa perception : « Ainsi, la qualité de domestique chez l'auteur d'un vol aggrave la peine du vol, mais la nature de l'infraction est également modifiée ; le vol de domestique est une espèce de délit différent du vol ordinaire ».[304]

[304] H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 449, p. 260.

Le substantif domestique ne possède pas de définition légale. Pour appréhender la réalité qu'il représente, il convient soit de se rapporter à la doctrine du XVIIIe siècle, soit de se référer à la longue casuistique fournie par la jurisprudence.

Pour Guyot, « un domestique est quelqu'un qui reçoit des gages et demeure dans la maison de la personne qui le paye, tels sont les valets [305]». Cette définition se fonde donc à la fois sur une communauté de toit avec le maître et sur le gage versé par ce dernier. Pour d'autres, le critère de dépendance financière entre l'auteur et la victime suffit pour qu'un vol devienne un vol de domestique. Ainsi, selon Muyart de Vouglans, les domestiques sont les personnes qui « sont à nos gages et qui sont nourris à nos dépens[306] ». Ferrière est allé également dans ce sens[307].

Sous l'Ancien régime, les domestiques, pris dans ce sens, ne forment pas une classe homogène et il n'existe aucune égalité économique entre eux : depuis les familiers des Grands de la couronne jusqu'au dernier garçon d'écurie en passant par les secrétaires instruits[308].

Sous l'empire du Code pénal de 1810, Chauveau et Hélie indiquaient que le terme domestique, employé par la loi, comprenait tous les individus attachés au service de la personne ou de la maison[309]. Il apparaît donc qu'au cours du XIXe siècle, la notion de domestique était largement étendue. Il revenait naturellement à la jurisprudence de décider qui devait précisément y être inclus.

Le vol domestique. - A contre courant de ce qui vient d'être exposé, lorsque le vol est commis par un autre occupant de la maison, celui–ci bénéficie d'un immunité. Selon Marc Puech « conformément à une tradition qui remonte jusqu'au droit romain, la loi répugne, pour des considérations de famille, à ce qu'une sanction pénale soit prononcée contre celui qui apporte son aide à un délinquant dont il est le proche parent, ou contre celui qui a commis un vol au détriment de l'un des siens[310] ».

---

[305] J.-N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Chez Visse, 1784, tome IV, p. 99.
[306] MUYART de VOUGLANS, *Institutes au droit criminel, op. cit.*, p. 563.
[307] Cl.-J. FERRIERE, *op cit.*, p. 570.
[308] *Id.*
[309] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, tome V, n°1973.
[310] M. PUECH, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, p. 346.

Trois cas généraux d'immunité familiale peuvent être observés. D'abord, l'exception à l'obligation de dénoncer les infractions. Quelques textes imposent à chacun de faire part à l'autorité des infractions dont il aurait connaissance, d'autres interdisent de porter assistance à l'auteur d'un crime ou d'un délit. Il est admis généralement que ce devoir de dénonciation ne pèse, ni sur les époux, ni sur les proches parents[311]. Ainsi le recel d'un délinquant ne peut être reproché à son conjoint[312]. Selon Merle et Vitu, « la force des liens de famille a paru au législateur assez puissante pour légitimer, au moins dans certains cas, l'existence d'immunités particulières. Ainsi les parents et alliés sont à l'abri de poursuites pénales lorsque, malgré l'interdiction de la loi, ils ont sciemment recelé celui de leurs proches qu'ils savaient être l'auteur d'un crime ou qu'ils savaient rechercher pour ce fait par la justice[313] ».

La seconde immunité familiale se retrouve dans l'exception à l'obligation de témoigner sous serment. Ne peuvent être reçues sous la foi du serment, les dépositions faites par les proches parents ou alliés d'un prévenu ou d'un accusé[314]. Ces personnes peuvent toutefois être entendues, sans prestation de serment, à titre de simple renseignement[315], auquel il revient aux juges et jurés d'apprécier la teneur de leur intervention, en leur intime conviction. Pour Ferrière, « on met au nombre de ceux qui ne peuvent être témoins ceux qui peuvent prendre part à l'intérêt des accusés… On ne reçoit pas par cette raison le témoignage de ceux qui sont liés de parenté ou d'alliance à ces derniers[316]. »

Enfin, et surtout pour ce qui nous concerne, le principe a été posé de la prohibition des poursuites pour atteinte patrimoniale dans le cadre familial. Pour ne pas aggraver certains conflits familiaux, notamment ceux portant sur de simples questions patrimoniales, le législateur, à toutes les époques, a refusé aux proches parents la possibilité de se traîner les uns contre les autres devant les tribunaux répressifs. « Il n'y a pas de vol entre époux », dit-on ;

---

[311] Notamment : art. 434-1 C. pén.
[312] Art. 434-6 al.2 Code pénal.
[313] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, op. cit. n° 1313.*
[314] Art. 335 et 448 C. P. P.
[315] A titre d'exemple : Cass. crim. 12 décembre 1990, *Gaz. Pal.* 1991 II. 276 : « Lorsque plusieurs accusés sont dans la cause, les parents ou alliés à un degré prohibé de l'un d'entre eux ne sont admis à déposer sous serment à l'égard d'aucun des accusés soumis au même débat. A dès lors été régulièrement entendu à titre de simples renseignements le conjoint de la sœur d'une coaccusée. »
[316] Cl.- J. FERRIERE, *op. cit*, v° « témoins ».

mais la règle concerne tous les proches. Dans les Livres de Jostice et de Plet, il est indiqué qu' « un homme ne peut exercer contre sa femme l'action de larcin. » Et Garraud de rappeler que « ce sont des raisons de convenance qui s'opposent à la poursuite de membres d'une même famille. La soustraction frauduleuse, dont l'auteur est l'époux, le descendant ou l'ascendant de la personne lésée, est incontestablement un vol puisqu'elle a pour objet l'appropriation de la chose d'autrui. Mais, afin d'éviter le scandale d'une poursuite criminelle, exercée contre des parents ou des alliés très rapprochés, la loi assure à ces personnes une immunité pénale complète ; elle réserve seulement l'action en réparation du préjudice éprouvé. [317]»

Si le Code pénal de 1791 n'a pas intégré l'interdiction de poursuite du vol entre époux, la jurisprudence l'a admis sans réticence[318]. L'article 380 de l'ancien Code pénal avait centré cette règle de procédure sur le délit de vol ; et le nouveau Code, plus précis, a visé spécialement chaque délit auquel elle s'applique[319]. C'est l'art. 311-12, d'interprétation stricte, qui précise le domaine de cette immunité quant aux personnes concernées, à savoir ascendant, descendant et conjoint.

Dans le milieu domestique, l'appréhension de la situation des auteurs de vol nous permet de mettre en évidence un double mécanisme tendant à la fois à protéger l'intimité domestique (**Section 1**) et se centrer, ces dernières décennies, sur un pragmatisme constatant, d'une part, la baisse du nombre de domestiques vivant à domicile et d'autre part, le besoin de protéger les conjoints entre eux (**Section 2**)

[317] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.,* tome VI n°2704.
[318] Cass. 6 pluviôse an X, *D.* J.G., vol 156.
[319] Par exemple art. 311-12 pour le vol, 312-9 pour l'extorsion ; 312-12 pour le chantage ; 313-3 pour l'escroquerie ; 314-4 pour l'abus de confiance…

Section 1 – L'attachement à la protection de l'intimité domestique

Envisagé sous l'angle de la répression, le vol de domestique a connu une ascension historique manifeste connaissant son paroxysme au cours du XVIIe siècle d'un point législatif, et du XIXe siècle d'un point de vue judiciaire (**I**).

Cette volonté de réprimer davantage le domestique, qui démontre à l'évidence une meilleures protection du domicile du maître de maison, s'accompagne par la création d'un véritable régime visant à épargner les auteurs de vols lorsqu'ils sont les conjoints ou parents des victimes (**II**).

I. La répression du « domestique » auteur de vol

Historiquement, le vol de domestique a connu une évolution croissante sous-tendue par l'idée qu'il était inconcevable de laisser impunis les larcins commis par les « gens de maison » au préjudice de leur maître (**A**). Puis, avec l'avènement du Code pénal de 1810, les préoccupations sont restées les mêmes et les contours de l'aggravation ont été précisés : protéger l'intimité de la maison de ses membres non-familiaux (**B**).

A. Les origines antiques du vol de domestique

En droit romain et médiéval. – A Rome, l'organisation de la société et de la famille était telle qu'elle ne permettait pas de réprimer les vols commis par les esclaves au préjudice de leurs maîtres, ni même « ceux commis par les affranchis au préjudice de leurs patrons »[320]. Chaque famille formait une véritable association de personnes et de choses, sous l'autorité et la

[320] A. CARPENTIER et G. FREREJOUAN du SAINT, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1905, tome 36, v° « Vol », n°455, p.1256.

direction du père de famille. De cette façon, il existait en quelque sorte une communauté d'intérêts et une confusion de la propriété qui empêchaient l'esclave de s'approprier un bien appartenant à son maître[321]. Avec la disparition de l'esclavage pris dans son sens romain, le vol de domestique a commencé à être considéré comme une forme de vol particulièrement grave qui, peu à peu, est entré dans la sphère des infractions sanctionnées par le pouvoir royal.

Les *Etablissements de Saint Louis* s'en expliquaient ainsi :

> « Celui qui vole le maître qui le nourrit doit être pendable, car c'est une espèce de trahison, et le maître a le droit de le faire pendre lui-même, s'il a justice en sa terre [322]».

Sous l'Ancien Droit. - Jousse définissait le vol de domestique comme « celui qui se fait par un valet, serviteur, ou servante à son maître ». Mais l'incrimination stricte du vol de domestique a rapidement été étendue à « tous ceux qui composent la maison d'un père de famille, comme sont les officiers, valets et servantes, la femme, les enfants et autres qui demeurent dans la maison et vivent à ses dépens[323] ».

Dans son exposé sur le vol de domestique, cet auteur estimait qu'une distinction devait être faite entre les vols, ce qui lui paraissait « très équitable[324] ». En effet, les juges devaient différencier entre la situation du domestique qui « trouve de l'argent sur une table que son maître y a laissé par négligence, et celui qui trouve la clef de son maître et qui ouvre une armoire ou le cabinet dans lequel son maître enferme ordinairement son argent ». Et de poursuivre : « il semble que dans le premier de ces deux cas, la peine peut être diminuée, et que la négligence du maître d'avoir laissé son argent à découvert, et d'avoir par-là donné une occasion de tentation au domestique, rend la faute de ce domestique moins considérable ; mais dans le second cas, comme c'est un dessein prémédité, il doit, sans contredit, être puni de la peine de mort[325] ».

---

[321] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, n°1970, p.120.
[322] Les Etablissements de Saint Louis, 1270 (Liv. 1, ch. 30) *in* ISAMBERT, *op. cit*., tome 2, p. 598.
[323] D. JOUSSE, *op. cit.*, tome IV, p. 202.
[324] *Id.*
[325] *Ibid*., n°84, p.204.

Le droit coutumier, à l'instar de la Coutume de Bordeaux, sanctionnait sévèrement cette infraction en disposant « que le domestique qui vole à son maître chose excédante la somme de 50 livres bordelaises, sera pendu, et que s'il est de moindre valeur, il sera fouetté deux fois par la Ville[326] ».

Dans le courant de l'Ancien Régime, la répression du vol s'était adoucie. Ainsi, l'Etablissement de Saint Louis et les Coutumes qui envisageaient, dès la fin du Moyen Age, le vol de domestique comme un crime punissable de la pendaison, n'étaient pas appliqués de façon stricte. Les études réalisées sur le sujet font apparaître deux ou trois condamnations prononcées à Paris pendant la période 1755-1785[327]. Une déclaration royale du 4 mars 1724 a déploré effectivement le « peu de sévérité » de la justice en la matière[328]. L'article 2 de cette déclaration disposait que « le vol domestique sera puni de mort ». Si cette mesure ne modifia en rien le régime répressif préexistant, elle rappela à la jurisprudence qu'il fallait l'appliquer avec fermeté. Voltaire s'était, d'ailleurs, insurgé contre la rigueur de la déclaration de 1724, particulièrement en matière de vol domestique[329].

Comme toute infraction dont la répression était trop sévère, la politique criminelle menée contre le vol de domestique s'est révélée sans réelle efficacité. Les maîtres qui se trouvaient face à un vol commis par un domestique, préféraient le chasser plutôt que de le dénoncer à la justice et le voir pendu. De cette façon le voleur allait commettre d'autres larcins auprès

---

[326] *Coutume de Bordeaux*, chap. 10, art. 107, cité par D. JOUSSE, *id.*

[327] A. BRESSON, *Le vol domestique au XVIII^e siècle d'après les arrêts du Parlement de Paris,* Thèse de doctorat d'Etat de droit*,* Université Paris II, Paris,1978.

[328] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 192, p. 364.

[329] XVIII – Du vol domestique :« Dans les pays où un petit vol domestique est puni par la mort, ce châtiment disproportionné n'est-il pas très dangereux à la société ? N'est-il pas une invitation même au larcin ? Car s'il arrive qu'un maître livre son serviteur à la justice pour un vol léger, et qu'on ôte la vie à ce malheureux, tout le voisinage a ce maître en horreur ; on sent alors que la nature est en contradiction avec la loi, et que par conséquent la loi ne vaut rien. Qu'arrive-t-il donc ? Les maîtres volés, ne voulant se couvrir d'opprobre, se contentent de chasser leurs domestiques, qui vont voler ailleurs, et qui s'accoutument au brigandage. La peine de mort étant la même pour un petit larcin que pour un vol considérable, il est évident qu'ils chercheront à voler beaucoup. Ils pourront même devenir assassin quand ils croiront que c'est un moyen de n'être pas découverts. Mais si la peine est proportionnée au délit, si le voleur domestique est condamné à travailler aux ouvrages publics, alors le maître dénoncera sans scrupule ; il n'y aura plus de honte attachée à la dénonciation ; le vol sera moins fréquent. Tout prouve cette grande vérité, qu'une loi rigoureuse produit quelquefois les crimes », *in* VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de Province,* contenu dans *Mélanges,* 52^ème^ édition, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », n°152,1961, p. 815.

d'autres maîtres et ainsi de suite. Après Voltaire, d'autres auteurs ont insisté sur l'inefficacité de la déclaration de 1724. Servan a pu écrire :

> « Chose étrange ! Cette loi si dure s'est corrigée par elle-même : l'horreur de voir un gibet à sa porte et la crainte de la haine et des malédictions publiques arrêtent la plainte de leur maître ; et l'excès même du châtiment a produit l'impunité du vol qu'une loi plus modérée eût infailliblement réprimé[330] ».

L'Etablissement de Saint Louis ou la Déclaration de 1724 ne distinguait donc pas entre les vols modiques et les vols d'une valeur plus importante. Selon Muyart de Vouglans, « c'est uniquement sur la trahison qu'on peut dire qu'est fondé le motif d'une rigueur si salutaire, d'où dépend la sûreté de la personne et des biens de la plupart des citoyens[331]».

En pratique, les tribunaux conservaient tout de même une certaine clémence à l'égard des jeunes domestiques et lorsque le vol était modique et sans effraction, ils n'étaient condamnés pour les hommes qu'au fouet, à la fleur de Lys[332] et quelquefois aux galères[333] et pour les femmes aux maisons de force[334].

Selon la thèse d'Anne Bresson - Le Minor[335], le Parlement de Paris s'est quant à lui montré plus sévère dès la moitié du XVIIIe siècle, mais il apparaît que ce ne soit pas une position constante dans toutes les juridictions. Ces dernières ne prononçaient, en effet, la peine capitale qu'en cas de circonstances aggravantes venant s'ajouter au vol domestique.

En Droit intermédiaire. - En réaction à l'inefficacité avérée de la déclaration de 1724, une loi est intervenue pour adoucir la peine. La loi du 25 septembre 1791 disposait en son article 13 que « lorsqu'un vol aura été commis dans l'intérieur d'une maison, par une personne habitante ou commensale de ladite maison, pour y faire un service ou un travail salarié, ou qui

---

[330] SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1767, cité par J.-M. CARBASSE, *op. cit.* et A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 118.
[331] MUYART de VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France…, op. cit,* p. 284.
[332] Marquage corporel au fer chaud représentant une fleur de lys.
[333] MUYART de VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France…, ibid.*
[334] J.M. CARBASSE, *ibid.*
[335] A. BRESSON, *op. cit.*

y soit admise à titre d'hospitalité, la peine sera de huit années de fers ». Et son article 19 d'ajouter : « quiconque se sera chargé d'un service ou d'un travail salarié, et aura volé les effets ou marchandises qui lui auront été confiés par ledit travail, sera puni de quatre années de fers ». De cette façon, la peine applicable au vol de domestique était en adéquation avec la volonté d'une répression plus efficace.

La loi du 25 frimaire an VIII a fait une distinction entre les vols commis par les commensaux d'une maison, et ceux commis par les domestiques. Les auteurs de vol au préjudice du maître de maison qui étaient commensaux et habitantes de la maison « pour y faire un service ou un travail salarié » étaient punis de quatre années d'emprisonnement, tandis que les « domestiques à gages » se voyaient infliger une peine de huit ans de fers.[336]

B. Le vol de domestique dans l'ancien Code pénal : une notion étendue

Contrairement à la législation antérieure en la matière, le Code pénal de 1810 a exclu de l'aggravation du vol les simples habitants et commensaux de la maison et les personnes qui y sont admises à titre d'hospitalité. Cette disposition a, par ailleurs, fait entrer dans la peine prévue pour les domestiques à gages les personnes qui sont admises, soit momentanément, soit habituellement, dans la maison pour y faire un travail ou un service salarié. Cette volonté marquée du législateur de vouloir réprimer aussi sévèrement les individus qui trahiraient la confiance de celui qui a ouvert la porte de sa maison s'est finalement traduite par une rédaction fort compliquée de l'article 386 – 3° du Code pénal[337].

Quelques années plus tard, la loi du 28 avril 1832 a étendu l'application de la circonstance aggravante de domesticité à l'infraction d'abus de confiance. Dès lors, lorsque l'abus de confiance était commis par un domestique, homme de services à gages, élève, clerc, commis,

[336] A. CARPENTIER et G. FREREJOUAN du SAINT, *op.cit.*, v° « Vol », n°455, p.1256.
[337] Art. 386 C. pén. 1810 : « Sera puni de la peine de la réclusion tout individu coupable de vol commis dans l'un des cas ci-après (…) 3° si le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait ; ou si c'est un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître, ou un individu travaillant habituellement dans la maison où il a volé ».

ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, il devenait un crime. Précisons sur ce point que la liste des personnes visées était beaucoup plus exhaustive que pour le vol de domestique. Cela s'explique aisément par le but poursuivi par cette mesure. En effet, il s'agissait dans un premier temps de mettre fin aux critiques de la doctrine sur la qualification de vol de domestique appliquée à certaines affaires qui étaient en réalité des abus de confiance. Ensuite, la criminalisation de l'infraction d'abus de confiance n'a pas eu pour objet particulier de protéger le domicile du maître comme le vol de domestique, mais simplement de sanctionner la trahison d'une personne en qui ce dernier pouvait avoir confiance.

L'étude de l'aggravation de domesticité sous l'empire de l'ancien Code pénal appelle deux remarques principales tenant à son extension. L'aggravation a d'abord été étendue à d'autres personnes que les domestiques, y compris les complices (**1**), puis à d'autres infractions que le vol (**2**).

1. L'extension de l'aggravation au vol commis par des individus autres que les domestiques

Le législateur de 1810 a fait le choix de faire entrer dans la catégorie des auteurs de vol aggravé des individus qui sans vivre quotidiennement avec le maître partageaient toutefois avec lui une certaine proximité. Ces individus entraient en toute confiance dans la maison de leur patron. Cette extension de l'aggravation de vol de domestique à des personnes qui ne pouvaient être qualifiées de tel, existait déjà sous l'Ancien Droit. Jousse écrivait à ce titre :

> « Les compagnons et apprentis qui volent le maître chez qui ils demeurent, doivent aussi être regardés comme voleurs domestiques, et il en est de même des jardiniers, vignerons, valets de labour et autres qui volent leurs maîtres[338] ».

Le texte de 1810 visait les ouvriers, compagnons ou apprentis et les individus travaillant habituellement dans la maison où ils ont volé. Toutefois, à l'instar des domestiques, deux

[338] D. JOUSSE, *op. cit*., p. 203.

circonstances devaient concourir pour aggraver le vol : la qualité de l'auteur et le lieu de commission de l'infraction. La jurisprudence ne manqua pas de rappeler[339].

Ces deux éléments étaient d'une importance telle que la juridiction suprême a estimé que la déclaration du jury et l'arrêt de condamnation devait expressément constater leur existence[340], à défaut de quoi la condamnation devait être purement et simplement annulée[341].

La première circonstance s'expliquait par la relation de confiance existant entre le maître et l'auteur de l'infraction, et la seconde par le lieu particulièrement protégé où le vol est commis. La loi a donc délibérément pris le parti de rendre plus sévère la peine encourue par les auteurs de vol commis dans la maison, l'atelier ou le magasin de la personne qui l'emploie. Cette communauté, qui s'instaurait entre la victime de l'infraction et son auteur, méritait donc d'être défendue et la circonstance aggravante de domesticité est le moyen employé par le droit pénal. Ce fut effectivement le lien à la fois de proximité physique et de confiance qui était ainsi protégé. A ce titre, la Cour de cassation s'est montrée hostile à reconnaître la circonstance aggravante de domesticité à l'égard du vol commis par un ouvrier dans le domicile de son maître, lorsque ce domicile est éloigné de l'atelier où l'ouvrier est employé[342]. Dans cette affaire, l'ouvrier avait certes trahi la confiance de son employeur, mais le lieu où s'est instauré ce lien de proximité avec la victime, en l'espèce l'atelier, faisait défaut. La décision aurait été toute autre si l'auteur de l'infraction était un ouvrier intégré au domicile de son patron. C'est précisément ce qu'a souligné un arrêt du 29 avril 1830 en énonçant que la circonstance aggravante de domesticité devait s'appliquer au vol commis par un ouvrier dans

[339] Cass. Crim. 11 avril 1822, *S*. 1822, 7, 52 : « pour que le vol commis par un ouvrier travaillant habituellement dans la maison de l'individu volé soit passible de la réclusion, il faut qu'il soit commis dans la maison de cet individu, où l'ouvrier travaillait habituellement » ; Cass. Crim. 22 juillet 1847, *Bull. crim*. n°155 : « les ouvriers, compagnons, apprentis ou individus travaillant habituellement dans une habitation, ne sont passibles des peines qui y sont portées, qu'autant que le vol a été commis dans l'atelier, le magasin, la maison où ils étaient employés ou travaillaient habituellement ».

[340] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1986, p. 138.

[341] Cass. crim. 22 novembre 1811, *S.* 1811, 3, 643 ; Cass. crim. 24 mai 1832, *S*. 1832, 1, 686 ; Cass. crim. 15 juin 1860, *Bull. crim*. n°136.

[342] Metz 12 février 1819, cité par A. CARPENTIER et G. FREREJOUAN du SAINT, *op. cit.*, v° « Vol », n°524, p. 1259 ; *cf*. *contra* Cass Crim. avril 1830, *Journ Dr. Crim*, t. 2, p. 234.

la maison de son maître, alors même que le vol avait eu lieu hors de l'atelier et dans un appartement de la maison qu'il occupait en qualité de locataire[343].

Enfin, précisons que tous les objets situés dans le lieu où travaillent habituellement les personnes visées par le texte sont protégés, « la confiance dont jouit dans ce lieu de travail doit protéger tous les objets qui s'y trouvent, qu'ils soient au maître ou aux compagnons de ces travaux »[344].

A l'instar du parricide et de l'infanticide, l'aggravation de domesticité a été appliquée aux complices d'un vol commis dans la maison de la victime et dont l'auteur principal est le domestique. Telle a été la solution adoptée dans un arrêt de la Cour de cassation le 24 août 1827 : « l'aggravation de peine résultant de la qualité de l'un des coauteurs sur tous ; qu'ainsi, celui qui a commis un vol de concert avec un domestique à gages, dans la maison du maître de ce dernier, doit être puni de la peine du vol domestique[345] ». Cette application aux complices classe la circonstance aggravante parmi les circonstances aggravantes mixtes, ce qui permet d'affirmer de nouveau son caractère dual, tenant à la fois à la qualité de la victime et au lieu de commission de l'infraction.

Pour parvenir à une extension du vol de domestique à des individus totalement étrangers à la maison par le biais de la complicité, la jurisprudence a eu, de nouveau, recours à la théorie de la complicité corespective. En effet, dans son attendu la Haute juridiction rappelle que « des individus qui se concertent pour commettre un délit, et concourent simultanément aux faits qui le consomment, sont nécessairement complices les uns des autres ». Par conséquent, « l'aggravation de peine qui résulte de la qualité de l'un d'eux doit s'étendre sur tous[346] ». Ce nouvel exemple est, une fois encore, révélateur de la volonté des juges répressifs de sanctionner la criminalité en lien direct avec l'univers domestique.

[343] Cass. Crim. 29 avril 1830, *Journ. Dr. Crim*. 1830, art. 403.
[344] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1990, p. 141.
[345] Cass. crim. 24 août 1827, *Bull. crim*. n°225.
[346] *Id*.

2. L'extension de l'aggravation à l'abus de confiance

Jusqu'à la loi du 28 avril 1832, l'abus de confiance n'était pas aggravé par la circonstance d'être commis par un domestique. Ainsi était-il fréquent de voir des gens de maison condamnés pour vol de domestique alors qu'en réalité il s'agissait d'un abus de confiance. Il semblerait que la raison principale de cet égarement juridique était de sanctionner plus sévèrement l'auteur d'un vol lorsque celui-ci était un individu digne de confiance, d'autant que l'agent partageait la maison et les biens de la victime. Cet amalgame a pris fin par l'insertion à l'article 408 du Code pénal, de l'aggravation de l'abus de confiance commis par « un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti au préjudice de son maître ».

Une fiction peu convaincante. - Le serviteur à gages se rendait coupable de l'infraction de vol domestique lorsque celui-ci avait soustrait le bien de son maître. En revanche, il devait être condamné pour abus de confiance quand il l'avait détourné. Toutefois, sous l'empire de la première rédaction du Code pénal de 1810, la Cour de cassation a fait entrer dans la notion de vol domestique, l'abus de confiance commis par un serviteur à gages à l'encontre de son maître, sans même rechercher si l'élément matériel était constitué par un détournement ou une soustraction. Elle a jugé par de nombreux arrêts que le domestique, le commis salarié, le secrétaire ou le caissier … qui détournait des sommes qui lui ont été confiées, à charge d'aller les porter à son maître ou à un tiers, commettait un vol domestique.

C'est ainsi qu'un commis salarié d'un sous-préfet, chargé en cette qualité, de toucher les sommes dues au fonctionnaire pour son traitement et ses frais de bureau, qui détourne ces sommes à son profit, a été condamné pour vol de domestique et non pour abus de confiance[347]. Dans cette espèce, il pouvait être discuté la qualité de domestique attribuée au commis de la victime et surtout il semblait difficile de retenir la soustraction alors que l'auteur des faits avait la mission d'appréhender les fonds pour les remettre à la victime. Il s'agit donc sans conteste d'un détournement et non une soustraction.

[347] Cass. crim. 14 février 1828, *Bull. crim*. n° 33.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a estimé que le domestique qui détournait au préjudice de son maître le montant d'un billet que ce dernier l'avait chargé d'aller recevoir, se rendait coupable d'un vol domestique[348]. Comme nous l'avons déjà indiqué, la circonstance aggravante de domesticité ne trouve à s'appliquer que lorsque l'auteur est un domestique et que son vol a été commis soit dans la maison de son maître, soit dans les endroits où il accompagne ce dernier. Or les faits se sont déroulés hors de la maison du maître en son absence et sans acte de soustraction.

Les motivations de la Chambre criminelle, qui sont de plusieurs ordres, sont peu convaincantes. La Haute juridiction s'est d'abord fondée sur la nature différente de la remise existante en cas d'abus de confiance et en cas de vol domestique. Dans le premier cas, il doit s'agir d'une remise à titre de dépôt ou pour un travail, alors que le second s'opère dans le cadre d'un service à gages[349]. Ensuite, elle a déclaré que la mission confiée au domestique était distincte de celle du mandataire. Le bien était réputé ne jamais avoir quitté la possession du maître. Il s'ensuivait que le domestique en se les appropriant ne les détournait pas mais les appréhendait purement et simplement. Ainsi, il était impossible d'appliquer l'abus de confiance à l'atteinte aux biens du maître commise par un domestique[350].

Si la Cour de cassation tente de motiver l'application des dispositions de l'article 386 du Code pénal de 1810 au détournement commis par un domestique au moyen d'une fiction juridique, il n'en demeure pas moins que l'acte de soustraction n'est en aucune façon caractérisé. En tout état de cause, un abus de confiance ne peut devenir un vol par la seule qualité de l'auteur, même par le truchement d'une fiction juridique, car « en matière pénale, il n'est pas

[348] Cass. crim. 11 mai 1832, *Bull. crim*. n° 104.
[349] Cass. crim. 9 juillet 1812, *S.* 1812, 4, 150 : « qu'un maître ne remet pas à titre de dépôt ou pour un travail salarié, les billets, effet ou deniers à son domestique ou serviteur à gages ; qu'en ce cas le maître ordonne *jure domini*, et le domestique s'acquitte d'un service à gages. »
[350] Cass. crim 17 juillet 1829, *Bull. Crim*. n°404 : « qu'on ne peut assimiler les serviteurs à gages aux mandataires dont parle l'article 408 du Code pénal ; que la confiance volontaire et limitée d'une opération déterminée par le mandat, accordé à ces derniers, est différente de la confiance nécessaire et générale que le maître est obligé d'accorder à son serviteur ; que cette confiance nécessaire produit entre eux des rapports et des devoirs différents ; que le serviteur représente le maître dans tout ce qui est relatif au genre de service auquel il l'emploie ; que les deniers confiés aux mains du serviteur sont réputés dans les mains et la possession du maître ; que ceux que l'on verse dans les mains du serviteur sont réputés à l'instant même dans les mains du maître et lui sont immédiatement acquis ; que le serviteur ne peut se les approprier et en frustrer son maître, sans le priver par-là de cette possession, et conséquemment sans les soustraire à son préjudice ».

permis de substituer aux faits une fiction de droit[351] ». Il est juridiquement inconcevable pour le domestique délinquant de soustraire une chose qui lui a été confiée.

A ce titre, la doctrine majoritaire s'est insurgée contre cette position de la juridiction suprême, à l'image de cette critique de Chauveau et Hélie : « il est évident que si les objets sont remis à un individu quelconque, et qu'il les applique à son profit, il les détourne et ne les soustrait pas ; il est infidèle à la commission dont il est chargé, il ne s'en empare de ces effets à l'insu des propriétaires ; en un mot, il ne se rend pas coupable de la soustraction frauduleuse qui est un élément essentiel du vol, quelle que soit sa qualification[352] ».

***L'intervention du législateur*. -** Les critiques de la doctrine ont porté leurs fruits. Le législateur est intervenu, sur ce point, par la grande loi pénale du 28 avril 1832. Il a considéré tout naturellement que l'abus de confiance commis par un domestique devait être puni de la même façon que le vol, par une aggravation de peine. Ainsi, était « tarie une source féconde de discussion dans la pratique » et ce fut le terme d'une « jurisprudence qui avait méconnu (…) l'un des éléments essentiels du vol[353] ». En conséquence, les deux délits reprennent leurs caractères distincts et leurs éléments matériels respectifs.

Le législateur, tout en mettant fin à une solution jurisprudentielle discutable, a eu le souci de sanctionner tout aussi durement que l'auteur d'un vol, le domestique qui se rendait coupable d'un abus de confiance.

II. <u>La protection de la propriété domestique</u>

La propriété domestique est doublement protégée, à la fois vis à vis des domestiques (**A**), et entre parents grâce à l'immunité qui sera retenue, épargnant dès lors les biens des conflits familiaux et conjugaux (**B**).

---

[351] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*., n°1982, p. 135.
[352] *Ibid*, p. 134.
[353] *Id*.

A. La protection du maître de maison

Le vol domestique implique, « outre un acte d'improbité, la violation du devoir qu'impose au serviteur la confiance que son maître est obligé d'avoir en lui »[354]. Un grand nombre d'auteurs a insisté sur la qualité de la victime du vol domestique qui devait être nécessairement le maître de l'auteur des faits. Goyet indique à ce sujet que le vol domestique est caractérisé « chaque fois qu'il a été commis au préjudice du maître, sans qu'il y ait à rechercher le lieu où il s'est produit ». Or, il apparaît que ce soit, au contraire, le critère de proximité physique entre le maître et le domestique qui implique cette qualification. Cette circonstance aggravante présentée traditionnellement comme fondée sur la qualité de l'auteur du vol semble devoir plutôt être exposée comme une circonstance mixte à la fois tenant certes à la qualité de l'auteur, mais aussi au lieu de commission de l'infraction. Ainsi le législateur a-t-il décidé de se montrer plus sévère à l'encontre de ceux qui trahissent la confiance des maîtres. D'autant plus lorsque ces derniers laissent pénétrer chez eux des individus qui ne sont pas de leur famille.

Deux éléments militent en faveur de cette thèse. D'une part, la loi pénale aggrave déjà le vol commis dans un lieu d'habitation et, d'autre part, une jurisprudence constante de la Cour de cassation envisage restrictivement le vol de domestique comme le vol commis par un « employé travaillant dans l'habitation » du maître.

Dans un arrêt du 7 juin 1832, la Cour de cassation a notamment précisé que le vol commis par un domestique dans la maison de ses maîtres n'est passible que d'une peine correctionnelle, lorsque le jury a écarté la circonstance de maison habitée, et que sa réponse ne constate pas d'ailleurs que le vol ait été commis au préjudice du maître[355]. De la même façon, la Cour de cassation avait refusé, un mois auparavant, de prendre en considération la circonstance aggravante de domesticité lorsque le jury de la cour d'assises avait déclaré que le vol avait été commis dans le domaine du maître et non dans la maison de ce dernier[356].

---

[354] F. GOYET, M. ROUSSELET et M. PATIN, *Droit pénal spécial*, 7ème édition refondue et mise à jour, Paris, Sirey, 1958, p. 520, n°790.
[355] Cass. 7 juin 1832, *S*. 1832, 1, 778.
[356] Cass. 24 mai 1832, *Bull. crim.* n° 186.

A s'en tenir à une interprétation stricte de l'article 386 du Code pénal de 1810, le vol de domestique est celui qui est commis par les gens de service au préjudice du maître et dans la maison de celui-ci. Toutefois, le texte étend, à titre d'exception, l'aggravation du vol dans deux hypothèses : le vol commis par un domestique ou un homme de service à gages au préjudice de « personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait ». Il convient d'insister sur l'applicabilité de cette exception aux uniques domestiques et gens de service à gages, en d'autres termes en sont exclues les autres personnes visées au 3° de l'article 386 *in fine* du Code pénal.

La Cour de cassation soumettait ce texte d'aggravation à une appréciation restrictive. Elle estimait que le vol commis par un domestique, au préjudice d'un autre que son maître, ne constituait qu'un vol simple si la soustraction n'avait pas été commise dans la maison de son maître ou dans celle où il l'accompagnait[357]. Ceci démontre qu'outre la qualité de l'auteur, visée par l'article 386 de l'ancien Code pénal, c'est bien la « communauté de toit » qui était ici protégée.

Cependant, il existe des arrêts de la Chambre criminelle, certes marginaux, dans lesquels la Cour suprême s'écarte de sa propre jurisprudence. Il en est ainsi d'un arrêt du 9 octobre 1812[358]. Il a considéré comme coupable de vol domestique, le domestique d'un meunier qui avait volé du blé ou de la farine qu'il était chargé d'aller chercher ou de reconduire chez les particuliers, la soustraction n'ayant pas été commise dans la maison de son maître. Cette décision a fait l'objet de nombreuses critiques par la doctrine. La plus vive était celle de Chauveau et Hélie. Ils estimaient que l'arrêt de la Cour de cassation n'était pas fondé, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, la soustraction n'était pas commise au préjudice du maître, les objets soustraits ne lui appartenant pas nécessairement. La responsabilité qui pesait sur le maître lors du transport ne lui en attribuait en aucune façon pas la propriété. Ensuite, ne pouvait constituer un vol domestique, le vol commis au préjudice de tiers en dehors de la

[357] Cass. crim. 14 avril 1831, *S*. 1831, 1, 195.
[358] Cass. crim. 9 octobre 1812, *S*. 1812, 4, 198 : « une soustraction frauduleuse, faite par un domestique, d'objets qu'il transportait pour le compte de son maître, soit que celui-ci en soit le propriétaire, ou qu'il en soit responsable, rentre dans l'application du paragraphe 3 de l'article 3886, puisque dans l'un et l'autre cas il y a abus de confiance nécessaire, seul motif de la sévérité de la loi relativement aux vols commis par un domestique ».

maison du maître et en l'absence de ce dernier. Enfin, les faits ne pouvaient pas davantage être considérés comme un abus de confiance dans la mesure où le domestique n'a pas trahi la confiance des particuliers auxquels appartenaient les objets, puisqu'il n'avait reçu ni mandat ni mission de leur part. En conséquence, la seule qualification possible était le vol simple au préjudice des tiers.

Cette analyse démontre une fois encore quelle est la *ratio legis* de la circonstance aggravante de vol commis par un domestique : une protection des biens de l'individu contre les personnes avec qui il a choisi de partager une certaine proximité.

B. La protection des biens familiaux

La circonstance familiale du vol. - Estimant que la formation des familles accompagne l'émergence de la propriété, Montesquieu a considéré le vol comme une atteinte à l'ordre et à l'intérêt des familles pilier de l'État royal[359]. Soustraction frauduleuse du bien d'autrui à l'intention d'en profiter, le larcin ou vol met à mal la société patriarcale de l'époque moderne. Si la doctrine jus-naturaliste soude le gouvernement des familles au respect du droit de propriété, la protection pénale des patrimoines familiaux se voit paradoxalement limitée en cas de vol parental[360]. Défini comme un « larcin fait avec violence », le vol est plus ou moins sévèrement réprimé suivant le temps, le lieu ou le mode opératoire, ainsi que la qualité du voleur ou des choses volées. Les diverses circonstances entourant le vol en augmentent la peine, comme c'est le cas des vols commis dans les maisons royales, dans les églises, dans les lieux publics[361].

En 1619, Le Brun de la Rochette nous enseigne que le «fils de famille, qui dérobe les biens appartenant à son père, soit en la maison paternelle ou ailleurs, et les femmes, qui dérobent leurs maris, commettent un larcin : mais ils ne peuvent être traités, ni poursuivis comme

[359] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois, Réédition, Paris, Garnier*, 1990, p. 100-101.
[360] MUYART DE VOUGLANS*, Les Loix criminelles de France…, op. cit,* p. 284.
[361] Cl.- J. FERRIERE, *op. cit.*, v° « Vol», p. 754-755.

larrons »[362]. En pays de droit coutumier, « l'honnêteté publique [...] mais surtout la qualité d'héritiers présomptifs que la loi donne à ces mêmes enfants ne permet pas de prendre la voie criminelle » contre les fils de famille qui volent leurs père et mère[363]. La preuve de l'intention de soustraire le bien est incertaine lorsque le vol est commis par le fils sur les biens du père, par le veuf sur les biens du couple ou par l'héritier sur les biens successoraux : « toutes ces personnes ont une espèce de droit dans la chose qu'ils prennent ; ainsi on ne les regarde pas comme voleurs »[364].

De même, en 1677, l'avocat François Lange se demande si une femme qui « divertit les biens de son mari » de son vivant ou après son décès « pour se les approprier en fraude, et au préjudice des héritiers de son mari, commet un larcin domestique, pour lequel elle puisse être poursuivie criminellement ». Les tribunaux du royaume, poursuit Lange, suivent les dispositions du droit romain : en raison de l'honneur du mariage (*propter honorem matrimonii*), l'action pour vol conjugal n'est pas recevable devant le juge criminel. Honneur familial et incertitude du vol familial : la doctrine pénale de l'Ancien Régime entérine la protection de l'institution familiale (parents mariés et leurs enfants) selon le droit romain, interdisant à ses membres toute action criminelle et infamante « pour raison de ce que l'un ou l'autre pourrait avoir détourné »[365]. En dépit des vols menaçant l'intégrité des biens placés sous la tutelle du père de famille, la non-intervention de la justice pénale est fondée en droit. La protection pénale des familles en constitue aussi la fragilité[366].

L'immunité familiale avant la lettre. - Ni fait justificatif, ni excuse absolutoire, l'immunité familiale forme, en droit pénal, une cause d'impunité tenant compte de la situation particulière de l'auteur d'une infraction. On l'a dit selon l'article 311-12 du Code pénal de 1810, le vol commis au préjudice de son ascendant, de son descendant, de son conjoint ne peut donner lieu à poursuites pénales. Le législateur prohibe la poursuite criminelle du larcin

---

[362] C. LE BRUN DE LA ROCHETTE, *Le Procès criminel divisé en deux livres : Le premier contenant les crimes : le second la forme de procéder aux matières criminelles. Le tout selon les Loix civiles, et Canoniques, Arrests des Cours Souveraines, et Ordonnances de nos Roys*, Rouen, Chez Pierre Calles, 1611, p.56.
[363] D. JOUSSE, *op. cit*., tome IV, p.176
[364] *Id*.
[365] F. LANGE, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, ou Le nouveau praticien françois, Réformé suivant les nouvelles Ordonnances*, Cologne (Allemagne), Pierre Motiens, 1731, p. 24.
[366] J. DOYON, « Un crime impuni ? Le vol familial dans la jurisprudence du Parlement de Paris au XVIIIe siècle », *Annales de démographie historique* 2015, vol.2, n° 130, p. 90.

familial en raison de l'indétermination de la propriété de la chose volée. Cette immunité particulière est justifiée par la « force des liens familiaux »[367] dont la loi pénale consacre le statut de bien juridique protégé. Or, ce concept semble applicable à la politique pénale de protection des familles à l'époque moderne[368].

L'ordonnance criminelle du mois d'août 1670 inventorie les règles pénales particulières à certaines personnes (ecclésiastiques, communautés, villes et bourgs, corps et compagnies, cadavres et mémoire des personnes défuntes, sourds et muets, filles de mauvaise vie), à certains crimes (inscriptions en faux ou crimes commis en présence des juges officiant dans leurs tribunaux) ou à certains juges (prévôts des maréchaux et lieutenants criminels de robe courte)[369]. Si la législation royale n'a pas légiféré sur le principe d'immunité familiale, sous l'Ancien Régime, la doctrine formule des solutions pénales de type immuniste en matière de vol familial. Exemption ou dérogation au droit commun, l'immunité familiale se traduit par l'exception jurisprudentielle que constitue la non- pénalisation du vol intrafamilial[370] :

> « [Ces] exceptions [sont] tirées des lois romaines que notre Jurisprudence a cru devoir adopter, comme étant fondées sur des motifs d'équité, et d'honnêteté publique, et qui, pour cette raison, n'ont point été désapprouvées par nos Souverains, dans les différents cas qui se sont présentés[371]. »

L'exception familiale souligne la conception plurielle du vol forgée au Moyen Âge et consolidée depuis le XVIe siècle[372]. La jurisprudence du parlement de Paris aggrave les vols en lieux publics ou sacrés (grand chemin, foire et marché, église, maison royale, auditoire). Commis entre conjoints, héritiers, parents ou associés, perpétrés dans les maisons, portant sur un patrimoine commun, le vol familial, qualifié de «larcin», n'est caractérisé par aucune circonstance particulière (effraction ou port d'armes), sinon qu'il «se fait en cachette »[373]. Contrairement au

[367] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel,* Ed. 1963, 662.
[368] J. DOYON, *op. cit.,* p. 91.
[369] *Id*.
[370] P. GUYOT, *op. cit.,* p. 661.
[371] D. JOUSSE, *op. cit*., tome IV, p.283.
[372] A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *op. cit*. , p. 185.
[373] D. JOUSSE, *op. cit*., tome IV, p 176.

vol domestique, théoriquement puni de mort[374], le vol familial est un délit non qualifié. « Résultat de la défense de l'honneur des familles, conséquence de l'incertitude probatoire liée à l'indistinction de la propriété entre conjoints ou parents et enfants, la non-pénalisation du larcin parental se justifie, selon Julie Doyon, par la clandestinité du délit tandis que, dans les cas de l'homicide, de l'empoisonnement ou de l'infanticide, le caractère occulte et clandestin du crime familial en détermine l'atrocité[375] ». Toutefois, l'immunité familiale n'est pas synonyme d'impunité judiciaire. Les conjoints et les parents volés peuvent intenter une action civile en « restitution des choses volées avec dommages et intérêts[376] ». Distinct du crime public que forme le vol qualifié par la violence ou l'effraction, le vol intrafamilial s'apparente au délit privé que le particulier lésé est habilité à poursuivre devant la justice civile.

Le droit positif et les justifications de l'immunité. - Les immunités familiales en matière d'atteintes aux biens sont définies à l'article 311-12 du Code pénal relatif au vol. C'est en référence à cet article 311-12[377]qu'elles s'appliquent également aux délits d'extorsion (article 312-9 al.2 du Code pénal), de chantage (article 312-12 al.2 du Code pénal), d'escroquerie (article 313-3 al.2 du Code pénal) et d'abus de confiance (article 314-4 du Code pénal). Les immunités familiales sont donc propres aux infractions d'appropriations frauduleuses des biens et sont fondées sur l'article 311-12 du Code pénal rédigé comme suit : « 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 ».

La lettre du texte nous conduit immédiatement à dresser un premier constat relatif aux personnes concernées. En effet, l'article 311-12 vise expressément les « conjoints » et sont donc exclus du bénéfice de l'immunité, les concubins[378] comme les pacsés. Sont également exclus de ce bénéfice les fiancés[379] et les personnes divorcées. Ainsi la femme ayant soustrait des meubles à son ex-mari, ne peut prétendre au bénéfice de l'immunité en invoquant que

[374] Rappelons la Déclaration royale du 4 mars 1724, art. II : « Le vol domestique est puni de mort ».
[375] J. DOYON, *op. cit.,* p.91.
[376] D. JOUSSE, *op. cit*. tome III, p. 36.
[377] Aux termes de l'art. 380 Anc. C. pén., seules les « soustractions » pouvaient être couvertes par une immunité familiale.
[378] Cass. Crim. 22 janvier 1948 ; Cass. Crim. 27 mai 1975 ; Cass. Crim. 8 décembre 1993.
[379] Cass. Crim. 20 juillet 1949.

leur divorce (obtenu sur sa propre demande) est inopposable en France car obtenu frauduleusement à l'étranger, et ce, par application du principe *nemo auditur*[380]. L'irresponsabilité pénale qui résulte de l'immunité familiale étant, dans une certaine mesure, la conséquence du mariage et de l'obligation de vie commune[381], elle ne joue plus non plus lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. L'existence du couple n'est alors plus assez persistante pour que le droit pénal en fasse un obstacle à la répression : l'immunité couvre les infractions commises au préjudice du conjoint.

S'agissant des atteintes aux biens, le lien familial requis pour l'application de l'immunité s'apprécie donc au regard de la victime. Pierre Mousseron[382] remarque que certaines infractions telles que le recel[383] sont laissées de côté par le Code pénal de 1992, et surtout, que la nouvelle rédaction risque d'étendre outre mesure le bénéfice des immunités. En effet, l'article 311-12 étant inscrit dans la section II relative aux « dispositions générales », rien ne s'oppose à ce qu'il soit appliqué aux vols aggravés. Enfin, il faut noter que le principe d'interprétation stricte des textes s'oppose à ce que les dispositions du Code pénal relatives à l'immunité familiale soient étendues à des situations voisines. Ainsi en est-il de l'immunité familiale en matière d'escroquerie qui ne peut être étendue aux délits de falsification de chèque et usage qui sont totalement autonomes. Enfin, les dispositions de l'article 311-12 du Code pénal ne sauraient être étendues aux actes qui ont accompagné la soustraction, si ces actes constituent par eux-mêmes des infractions pénales[384].

L'immunité familiale va avoir pour effet d'empêcher, lorsqu'une des infractions visées a eu lieu de la part d'un des membres du couple marié au détriment de l'autre, que ce dernier ne puisse obtenir la réponse pénale à laquelle il peut en principe prétendre. C'est alors en quelque sorte l'époux, auteur des faits, qui est ici protégé par le droit pénal. Le fondement des immunités familiales n'est d'ailleurs pas clairement établi et a fait l'objet de plusieurs hypothèses recensées par Pierre Mousseron[385]. Ainsi, on a tout d'abord tenté d'expliquer les immunités

[380] Cass. Crim. 11 juin 1996.
[381] J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *Dr. pén*., Oct. 2000, Chron. p.4.
[382] P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *Rev. Sc. Crim*., 1998, p. 291.
[383] Alors même que la jurisprudence lui appliquait le régime des immunités familiales.
[384] Cass. Crim. 3 août 1901, *Bull. crim*. n°345.
[385] P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *op*. cit., p.291

familiales par le truchement des notions de copropriété familiale[386] et de confusion des patrimoines, mais pour Pierre Mousseron, cette référence ne pouvait être qu'incorrecte puisque la famille, faute d'avoir une personnalité propre, ne peut avoir de patrimoine propre. Ont également été mises en avant, les difficultés de preuve du droit de propriété dans un contexte familial[387]. Or, toujours selon Pierre Mousseron, le droit du divorce et celui des successions priment. Enfin, c'est en référence au « repos des familles »[388], au «secret des familles» que les immunités familiales se sont vues justifiées, celles-ci permettant alors de « laver le linge sale en famille »[389].

Pour Pierre Mousseron en revanche, « la justification la plus exacte pourrait tenir à un souci de décence[390], visant à éviter un "déballage" de problèmes familiaux que ne justifierait pas la protection des intérêts financiers en cause»[391]. Dans la même logique, le régime des immunités familiales sert, selon Jacques Amar, à éviter une résolution pénale des conflits de la vie conjugale.

Ces immunités dites « irrecevabilité », selon la distinction de Christian Bolze[392], ne peuvent être assimilées à des faits justificatifs. Contrairement à ces derniers, elles ne suppriment pas le caractère illicite de l'acte, mais permettent simplement de faire obstacle aux poursuites pénales. Il y a donc en cas d'immunité familiale- irrecevabilité des poursuites civiles possibles et le maintien d'une infraction. Elles agissent *in personam*.

Le sort des complices. - Suivant le principe posé par l'immunité familiale, lors d'une soustraction entre parents, l'auteur principal du méfait n'est pas punissable, toutefois lorsqu'il y a un co-auteur non parent, celui-ci entre sous le coup de la loi pénale. Mais qu'en est-il du

---

[386] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 3 : Droit pénal spécial, op. cit.*, n°2246.
[387] W. JEANDIDIER, *JCl. Pén.,* art. 311-1 à 311-16, n° 90.
[388] Rapport de J.-J. HYEST au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à le répression des crimes et délits contre les biens, déposé le 12 décembre 1991, Paris, p.24.
[389] J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *op.cit.,* p.4
[390] J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Paris*,* Cujas*,* 2010 p.536, n° 777.
[391] P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *op. cit.*
[392] Ch. BOLZE, « Le refus d'informer : une sanction exceptionnelle en procédure pénale », *Rev. Sc. Crim.,* 1982, n°2, p. 311.

complice du parent auteur[393] ?

Le complice a toujours, à notre connaissance, profité de l'immunité de l'auteur principal[394]. La doctrine est néanmoins controversée sur la question et adopterait davantage la position contraire. Berriat Saint-Prix estimait que le complice ne profite pas de cette « exception morale[395] ». Il y voyait une exception à la règle selon laquelle il n'y a pas de délit de complicité sans corps de délit principal. En revanche, il considérait le cas du receleur, visé par l'article 380 du Code pénal[396]. Garraud pensait lui aussi que « l'exception péremptoire » fournit au parent auteur lui était purement personnelle[397]. Jean Carbonnier préconisait également de punir le complice[398]. Sous l'empire du nouveau Code pénal, certains défendent à nouveau l'idée que le complice serait punissable[399]. Citons *a contrario,* Jean Larguier pour qui l'immunité doit profiter au complice[400].

La primauté du droit civil. - C'est en référence à l'action publique que l'immunité familiale va manifester ses effets puisqu'elle constitue une « fin de non-recevoir à l'action publique »[401]. Elles s'analysent donc juridiquement comme des exceptions à la recevabilité de l'action pénale, mais sans aller jusqu'à faire disparaître les infractions commises[402]. Il convient également de préciser que même si l'immunité familiale fait obstacle à ce que l'infraction soit poursuivie pénalement au titre d'infraction principale, elle ne peut toutefois empêcher que cette même infraction soit retenue comme circonstance aggravante d'une autre infraction[403]. Enfin, une action en responsabilité civile ou en revendication pourra toujours être intentée

---

[393] *Cf*. sur cette question en droit romain le Digeste de Justinien, 47, II 53 pr. et 1. Ulpien : « Si quelqu'un a donné aide ou conseil à une femme afin de dérober les effets de son mari, il sera poursuivi pour vol. Et, s'il a perpétré le vol avec elle, il sera soumis à l'action de vol, quoiqu'elle n'y soit pas »

[394] Cass. Crim., 1er oct. 1840, *Bull. crim*. 1840, n° 292 ; Cass. Crim., 25 mars 1845, *S*. 45.1.290 ; Cass. Crim., 2 janvier 1869, *S*. 70.1.367 ; Cass. Crim., 6 févr. 1920, *D.* 1921, 1, p. 67 ; Cass. Crim., 8 juin 1921, *D*. 1921.1.169 ; Cass. Crim., 8 janv. 1921, *D.* 1921.1, p. 169 ; CA Toulouse, 27 avril 1877, *S*. 77.2.284.

[395] J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de droit criminel*, fait à la Faculté de droit de Grenoble, Grenoble, Imprimerie de le Ve Peyronard, 1817, note 29, observation 1, p. 15

[396] *Ibid*., note 8, observation 3, p. 62.

[397] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 2, Paris, 1888, p. 459

[398] J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952.I.1034, note 28.

[399] S. FOURNIER, « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *Rev. sc. crim*., 1995, n°11, p. 475 ; W. JEANDIDIER, Art. 311-1 à 311-16, *JCl. pén. Code*, Fasc. 20, n° 147.

[400] J. LARGUIER, *Droit pénal général et procédure pénale*, 6e édition, Paris, Dalloz, 1976, p. 40.

[401] R. MERLE et A. VITU *Traité de droit criminel, tome 3 : Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 2246.

[402] Y. MAYAUD, Droit pénal général, *op. cit.*, p. 441.

[403] Cass. Crim 17 février 1944.

contre l'auteur des faits. Ainsi lorsqu'une personne s'approprie un bien appartenant à son conjoint, ce dernier ne pourra qu'intenter une action en responsabilité civile. Cependant, cette privation de recours à la voie pénale produite par l'immunité familiale, doit être nuancée par un certain nombre de règles venant encadrer la vie commune et la séparation.

Selon Jacques Amar, les régimes matrimoniaux agissent comme des remparts à la pénalisation de la vie conjugale[404]. Tout d'abord, tous les régimes matrimoniaux ont un droit commun constituant un impératif de base qui permet entre autres d'éviter que le conjoint dispose indûment d'un bien. Il en est ainsi de l'article 215 alinéa 3 du Code civil en vertu duquel le consentement des deux époux est nécessaire afin de disposer du logement de la famille et des meubles meublants garnissant le logement, ou encore de l'article 220 du Code civil, qui limite la solidarité aux seuls contrats ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. De même, l'article 1421 du Code civil encadre l'éventuelle commission d'abus de confiance au sein du couple marié[405]. De plus, la commission par l'un des époux d'une infraction couverte par l'immunité familiale peut également trouver une expression juridique dans la constitution d'un divorce pour faute. Toujours pour Jaques Amar, le divorce constitue ainsi la sanction du comportement de l'époux délinquant, sanction qui peut être complétée par l'attribution de dommages et intérêts.

Force est de constater que droit pénal et droit civil se complètent afin d'aboutir à une répression la plus juste possible. Si en matière d'atteintes aux biens le droit pénal se retire par l'application des immunités familiales, afin de protéger l'un des membres du couple auteur de l'infraction, ce n'est que parce que le droit civil permet autrement l'appréhension de l'acte en cause.

Ainsi démontré, le couple peut être pris en compte par le droit pénal afin d'empêcher la répression de certaines infractions. Cependant cette appréhension est doublement limitée : concernant le domaine d'application des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens

---

[404] J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *op. cit.,* p.4

[405] La première Chambre civile de la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 16 mars 1999, que l'époux qui a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et de disposer à sa guise des deniers communs est tenu d'une obligation d'information à l'égard de son conjoint en cas de liquidation de la communauté pour tout ce qui concerne l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté, Cass. 1ère Civ. 16 mars 1999, *Bull. civ*.,I, n°59.

et concernant les personnes visées par ces immunités. L'étude de ces limites permet de mettre en lumière comment le droit pénal qui est au cœur de la vie sociale, se doit de s'adapter aux évolutions de celle-ci.

Section 2 – L'attachement au pragmatisme domestique

Si l'on tente de transposer le vol de domestique à l'époque actuelle, il est évident que cette aggravation du vol et de l'abus de confiance est ressentie comme parfaitement désuète. C'est la raison pour laquelle la loi du 2 février 1981 a abrogé cette disposition du Code pénal (**I**).

L'évolution sociétale a également donné l'occasion au législateur de réformer une institution pluri millénaire : l'immunité familiale en matière d'atteinte aux biens (**II**).

I. L'abrogation d'une infraction devenue surannée

A l'approche du XXe siècle, avec l'évolution des mœurs et de la société, le nombre de vols de domestique a très nettement diminué pour passer d'un nombre annuel moyen de 199, entre 1881 et 1885 à 80 entre 1896 et 1900[406]. Ce phénomène s'explique aisément par la mutation de la profession de domestique en celle d'employé de maison, puis d'assistante ménagère qui correspond surtout à une augmentation des droits salariaux de ces employés, mettant ainsi fin à une opposition maître - domestique.

Par ailleurs, très peu d'employés de maison résident chez leur employeur, ce qui retire la raison d'être du vol de domestique, fondée sur une confiance attribuée à un individu à qui le « maître de maison » offre l'hospitalité. Personne aujourd'hui n'imagine être suffisamment lié

[406] *Journal Officiel* du 20 septembre 1902.

à son employé pour qu'en contrepartie la loi pénale sanctionne les abus de ce denier. A l'inverse, la loi pénale ne porte pas sur la catégorie socioprofessionnelle d'employé de maison un regard dépréciateur ou du moins méfiant comme elle tendait à le faire sous l'empire du Code pénal de 1810 à l'égard des domestiques.

Aussi n'est-il pas étonnant que dans le courant du siècle dernier, très peu d'affaires aient été jugées par les cours d'assises[407]. Par ailleurs, si tant est que des faits puissent entrer dans l'aggravation de l'article 384 de l'ancien Code pénal, la tendance était de les correctionnaliser.

C'est pourquoi, le législateur a naturellement supprimé cette circonstance aggravante liée à la qualité de l'auteur lors du vote de la loi sur du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant les personnes[408]. La loi dite « sécurité et liberté » du 2 février 1981 a remanié en profondeur les circonstances aggravantes du vol, et par la même, de l'abus de confiance. Si la tendance a été à la correctionnalisation des vols aggravés, certaines formes d'aggravation jugée « désuètes[409] » ont été purement et simplement retirées du Code pénal.

C'est dans ces conditions qu'a disparu de la liste des circonstances aggravantes du vol prévue par le Code pénal, le vol de domestique.

II. La remise en cause d'une immunité ancienne par les évolutions sociétales

Afin de démontrer une fois de plus en quoi le droit pénal s'adapte aux évolutions de la société, il convient d'évoquer la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple et commises sur les mineurs.

[407] D'une façon générale, dans les vingt années ayant précédé sa suppression du Code pénal en 1981, la Cour de cassation ne semble pas s'être prononcée sur la question des vols de domestiques.
[408] Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant les personnes.
[409] W. JEANDIDIER, *Juris Cl. Pén.*, v° « Vol », 2006, p. 17.

L'article 9 de la loi du 4 avril 2006 est relatif à l'immunité familiale. Il pose dans le cas du vol entre parents, à l'article 311-12 du Code pénal, une exception en ce qui concerne les « objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ». Si la carte de crédit entre incontestablement dans le champ de la notion, en revanche une formule de chèque vierge de toute mention et sans signature, c'est à dire un simple bout de papier, ne peux pas, à notre avis, être considéré comme un moyen de paiement au sens de ce texte d'exception.

Cette loi a eu pour objectif de s'attaquer aux violences familiales avec un dispositif axé à la fois sur la prévention et la répression et touchant plusieurs branches du droit. Fort de cet objectif, le législateur a tiré les conséquences qui s'imposaient en matière d'immunité familiale et inséré un dernier alinéa à l'article 311-12.

Cet alinéa empêche donc le jeu des immunités familiales dans les cas cités, avec pour objectif d'éviter qu'un des époux ne place impunément l'autre dans une situation de faiblesse ou d'isolement, propice au développement des violences conjugales. Il apparaît donc que dans ce domaine, les victimes sont souvent en situation de faiblesse, parce qu'elles sont étrangères ou encore parce qu'elles sont en état de dépendance économique. Cette mise en état de faiblesse constitue souvent un préalable aux violences physiques et l'ajout du dernier alinéa de l'article 311-12 a donc pour objectif une action en amont afin d'éviter la commission des violences.

Il avait d'abord été envisagé lors des débats législatifs la création d'une nouvelle incrimination spécifique : le délit de privation des pièces d'identité ou relatives au titre de séjour ou de résidence d'un étranger par le conjoint, concubin, partenaire d'un PACS de la victime ou par l'ex de cette dernière. Ce délit, qui aurait été puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, a néanmoins fait l'objet de plusieurs critiques. Entre autres, certaines portaient sur l'imprécision de la notion de privation, et surtout sur la nécessité de la création d'un tel délit alors que les faits visés pouvaient l'être sous la qualification de vol (puni de trois ans d'emprisonnent et de 45000 euros d'amende.

A été préféré l'ajout d'un dernier alinéa à l'article 311-12 du Code pénal permettant de neutraliser le bénéfice de l'immunité familiale à celui qui tente d'exercer sur son conjoint un chantage ou qui tente de le placer dans une quelconque position de faiblesse. Cette initiative

s’inscrit dans le registre préventif de la loi et témoigne de la volonté du législateur de faire du droit pénal un droit cohérent et qui s’adapte dans sa globalité aux évolutions sociales.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Il apparaît donc que dans un premier mouvement, le législateur, accompagné dans sa démarche par une doctrine majoritaire et par la jurisprudence, a peu à peu abandonné la protection de valeurs jugées obsolètes. L'étude des infractions envisagées dans cette première partie laisse également poindre la naissance d'un nouvel état d'esprit consistant à protéger les individus, qui au sein de la maison, méritent une protection particulière du fait d'une vulnérabilité avérée.

La protection régressive des valeurs morales est passé par l'abandon, d'abord, de l'institution de la *patria potestas* et ensuite, des valeurs d'état comme l'état civil, au profit d'une plus grande protection de l'individu.

Patria potestas. – D'une part, l'abandon de cette institution a été mis en évidence par l'abandon du parricide au profit de la circonstance aggravante de meurtre commis sur la personne d'un ascendant. Par cette mutation, c'est un véritable changement de mentalités qui s'opère. En effet, la protection des valeurs patriarcales laisse place à la protection de valeurs humanistes et individualistes. Dans l'esprit des législations anciennes, le parricide se trouvait dans le prolongement du régicide, ce qui démontre une nouvelle fois le caractère marqué du parricide en tant qu'incrimination protectrice de valeurs désuètes.

D'autre part, l'abrogation de l'aggravation et de la criminalisation du vol de domestique participe à la même tendance législative. Et les réformes apportées à la notion ancestrale de vol domestique, commis entre membres d'une même famille, vont dans le sens d'une protection des individus que nous retrouverons ultérieurement.

La naissance en tant qu'événement saisi par la morale et le pouvoir d'état. – La suppression de l'infanticide correspond au renoncement à la protection de valeurs religieuses, comme le baptême, ou à la maîtrise des sujets ou des citoyens par le pouvoir d'état. Cette évolution se réalise aussi en faveur de l'émergence de valeurs individuelles davantage défendues : la

vulnérabilité. Cette transformation complète n'est pas sans maintenir les avantages des régimes antérieurs, notamment grâce à une jurisprudence clémente en ce qui concerne les mères désabusées qui mettent fin aux jours de leurs enfants dans les jours qui suivent la naissance.

SECONDE PARTIE

UNE PROTECTION CROISSANTE DE LA SITUATION DE FAIBLESSE DANS LE DOMICILE

Dans le projet de réforme du Code pénal, les motifs exposaient la volonté de créer « un Code pénal dont la vocation première est de protéger l'être humain doit renforcer cette défense quand il s'agit des personnes les plus vulnérables »[410].

Et d'ajouter que « les personnes considérées comme particulièrement vulnérables bénéficient des mêmes protections que les mineurs de quinze ans. D'ailleurs, ces derniers auraient très bien pu être englobés dans la catégorie de ces personnes particulièrement vulnérables mais on a préféré les distinguer, sans doute dans un but pédagogique ou expressif. Quoi qu'il en soit, la vulnérabilité de la victime est devenue une circonstance aggravante souvent voisine de celle de la qualité de mineur de quinze ans et, selon le législateur, cette vulnérabilité se mesure tant à raison de l'âge que de la maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou même d'un état de grossesse, à condition tout au moins que cette vulnérabilité soit connue de l'auteur[411] ».

---

[410] Exposé des motifs du projet de Code pénal de 1986, cité par P. COUVRAT, « Livre II : Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *Rev. Sc. Crim.* 1993, p. 475.
[411] P. COUVRAT, « Livre II : Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *Rev. Sc. Crim.* 1993, n°3, p. 476.

C’est bien l’état de vulnérabilité qui a été à l’origine des réformes entreprises depuis le milieu des années 1980, à commencer par la loi dite « sécurité et liberté » du 2 février 1981 et suivie par la grande réforme pénale ayant abouti à l’édiction du Code pénal actuel.

Dans l’univers domestique, cette protection particulière s’est portée sur non seulement sur les occupants de la maison en bas âge (**Titre 1**), mais aussi sur le couple, qui au nom d’une non-discrimination liée au sexe, vise en réalité l’épouse ou la conjointe (**Titre 2**).

TITRE 1

UNE PROTECTION DU FAIT DE L'ÂGE DE LA VICTIME

En raison de leur faiblesse et de leur inexpérience, qui les rendent particulièrement vulnérables, les enfants ont besoin d'une protection renforcée[412]. Comme le soulignaient Messieurs Merle et Vitu au début des années 1980, « grâce aux moyens modernes d'information, l'opinion publique est devenue extrêmement sensible aux drames de l'enfance, surtout lorsque ceux-ci prennent la forme de violences exercées sur des personnes incapables de se défendre[413] ». Les mauvais traitements, les atteintes sexuelles, les privations de soins sont aujourd'hui mieux connus qu'autrefois. Même si les sociologues, les médecins, les juristes s'y intéressent de près, leur fréquence n'a pas diminué, et ces « crimes » apparaissent aux yeux de tout à chacun toujours aussi odieux.

« L'enfant n'est donc plus un simple objet de propriété familiale. Les parents ne sont plus ces êtres tout puissants disposant à leur guise de leur progéniture. En deux siècles, le droit français a subi une transformation radicale modifiant complètement le statut juridique de l'enfant et ses liens avec ses parents. La "puissance paternelle" a été remplacée par "l'autorité parentale", la notion de "chef de famille" instituée en 1942 a disparu par la même occasion. L'Etat a peu à peu organisé et affiné son contrôle et cherché à protéger davantage l'enfant victime de violences que l'on a enfin le courage de reconnaître et de mesurer[414] ».

---

[412] D. MAYER, « Droit pénal », *Travaux de l'Association Henri Capitant,* 1981, n° spécial « *La protection de l'enfant*, journées égyptiennes 1979, tome XXX, p. 273.
[413] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit,* n° 2134, p. 1733.
[414] S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 87.

Afin de comprendre comment les enfants sont passés, dans l'esprit de nos législateurs, d'un objet familial à une véritable personne méritant une protection particulière, une rétrospective législative sera exposée (**Chapitre 1**) avant de décrire le régime en vigueur en droit positif (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

D'UNE ENFANCE IGNOREE A UNE ENFANCE CONSACREE

D'abord totalement ignorés par les lois pénales, les mineurs sont devenus au fil des réformes, une source d'inspiration pour le législateur. Ses inspirations ont donné lieu à deux types d'apport pour notre droit pénal ; d'abord, à droit constant, par la prise en considération des mineurs au moyen d'une succession de grandes lois qui leur ont été consacrée exclusivement (**Section 1**) ; ensuite, par une jurisprudence englobante et la création de circonstances aggravantes permettant de rendre compte de la réalité de l'univers domestique comme étant particulièrement criminogène (**Section 2**).

Section 1 – Une protection marquée par une évolution législative constante

Les réformes ont été de différentes natures. La protection de l'enfance a commencé par une prise de conscience du point de vue de leurs droits civiles et sociaux (**I**). Puis, les lois de 1863 et de 1898 ont pris le parti de repenser les incriminations pour que soit jugé plus sévèrement l'auteur d'actes portant atteinte aux enfants.

Les lois ultérieures ont poursuivi cette démarche en profondeur dans le souci de rendre toujours plus efficace la répression des auteurs d'infractions contre les mineurs. La lutte contre la maltraitance a été rendue d'autant plus efficace par la loi du 10 juillet 1989. Cette dernière s'est intéressée, non pas une fois de plus à l'auteur, mais à la victime, en mettant en place un véritable mécanisme de protection. Enfin, le Code pénal de 1992, inspiré par la doctrine « des droits de l'enfant », ne fera que mettre un peu d'ordre dans une confusion normative bâtie depuis le milieu du XIXe siècle (**II**).

I. Une œuvre initiée par des mesures de santé publique et ayant trait aux bonnes mœurs

Si l'institution familiale était au centre du Code pénal napoléonien, le mineur ne bénéficiait d'aucune protection spécifique. En 1810, ce n'était pas le mineur, en tant qu'individu, qui était protégé, mais plutôt le non-respect des obligations parentales qui étaient sanctionnées. Les dispositions pénales prolongeaient celles du Code civil qui avaient pour préoccupation de mettre en place, par l'institution « d'un gouvernement de famille », un modèle familial sur lequel pouvait se reposer l'Etat. La prise en considération de l'enfant s'en trouve donc instrumentalisée. L'intérêt protégé à travers les incriminations le concernant reste celui de « l'institution familiale, dominé par la figure paternelle et orientée dans un sens nataliste[415] ». Ainsi, ont été créée ou élargies des incriminations sanctionnant le non-respect des procédures de déclaration à l'état civil.

Ainsi, le Code pénal originel ne contenait aucune aggravation à l'encontre de l'auteur de violences, même volontaires, commises sur un mineur, ni même de circonstances liées à la qualité de descendant de la victime. Pourtant, un avant projet datant de 1801 avait envisagé d'étendre l'infanticide à « la mort de l'enfant suite à la privation de secours, soins, aliments par sa mère ou ses complices[416] ». Mais celui-ci resta vain. Seuls étaient punis les faits d'une extrême gravité tels que les abus sexuels graves. S'agissant des infractions commises par les parents, l'article 335 du Code pénal envisageait uniquement la déchéance de l'autorité du père ou de la mère qui avait attenté aux mœurs de leur enfant en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption.

A cette période, pour que les faits commis sur un mineur soient jugés devant la cour d'assises, il fallait que les violences aient causé une infirmité permanente ou la mort. En pratique, il était

[415] P. LASCOUME, P. PONCELA et P. LENOËL, *op. cit.*, p. 191.
[416] *Ibid.*, p. 259.

souvent impossible de démontrer que la maladie, l'infirmité ou la mort de l'enfant état la conséquence directe des mauvais traitements[417]. Par ailleurs, la privation de soins en tant que simple omission ne pouvait en aucune façon être punissable au titre des violences.

Sous l'influence des études menées par les hygiénistes Tardieu[418] et Villermé[419], les réactions ne se sont pas faites attendre. Toutefois, celles-ci n'ont pas été à la hauteur des attentes escomptées, car elles ont été limitées pendant longtemps à la matière sociale. En effet, la première intervention législative a été initiée par la loi du 22 mars 1841 réglementant le travail des enfants. Celle-ci, qui a interdit totalement le travail avant l'âge de huit ans, a limité les journées de travail à huit heures pour ceux de huit à douze ans et à douze heures pour ceux de douze à seize ans. Puis, une loi du 19 mai 1874 a instauré une surveillance des enfants placés en nourrice et a créé une véritable inspection du travail des enfants[420].

Les réformes de droit civil. - La véritable intervention législative en faveur de l'enfance battue n'est intervenue qu'en 1889 par la loi des 24 et 25 juillet, sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés. Mais, le droit pénal est encore absent du texte. Cette loi comportait essentiellement deux volets civils : la déchéance de la puissance paternelle et la protection des mineurs placés[421]. Concernant la déchéance de l'autorité parentale, celle-ci n'intervenait de plein droit que lorsque les faits commis à l'encontre de l'enfant s'avéraient d'une particulière gravité. Il en était ainsi en cas de crime, de délits commis deux fois sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, ou de deux condamnations pour excitation habituelle de mineur à la débauche[422]. En revanche, si l'infraction était moins grave, le tribunal

---

[417] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit* , art. 312, section II, p. 91.

[418] A. TARDIEU, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, *op. cit.* ; du même auteur, *Etude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, Paris, J.-B. Baillière, 1867.

[419] L. R. VILLERME, *Tableau physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, Jules Renouard et Cie,1840.

[420] *Cf*. sur la question : J. –L. ROBERT, *Inspecteurs et Inspection du travail sous la III^e^ et IV^e^ République*, Paris, La Documentation française et Ministère de l'emploi et de la solidarité, 1998 ; V. VIET, *Les voltigeurs de la République. L'Inspection du travail en France jusqu'en 1914*, Paris, CNRS Editions, 1994, 2 vol. ; P. BARRAU, F. HORDERN, « Histoire du droit du travail par les textes, tome 1, De la Révolution à la 1ère Guerre Mondiale », , *Cahiers de l'Institut régional du Travail*, n°8, 3eme trimestre 1999, p. 232 ; M. BONNECHERE, *Le droit du travail*, Paris, La Découverte, 1997 ; B. MANIER, *Le travail des enfants dans le monde*, Paris, La Découverte, 1999.

[421] L. 24 et 25 juillet 1889, *D*. 1890.4.15.

[422] Art. 1er de la loi : « Les pères et mères ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits, qui s'y rattachent notamment ceux énoncés aux articles 108, 141, 148, 150, 158, 173, 348, 372, 348, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477, et 935 du Code civil à l'article 3 du décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872 :
1° S'ils sont condamnés par application du paragraphe 2 de l'article 334 du Code pénal ;

avait toute latitude pour décider de la prononcer ou non. Le texte prévoyait, en effet, que pouvaient encourir la déchéance, « en dehors de toute condamnation, les père et mère qui par leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromett(ai)ent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants »[423]. La déchéance, qui pouvait être indifféremment prononcée par une juridiction civile ou pénale, n'était jamais irrémédiable et une réhabilitation pouvait toujours arriver.

Un décret-loi du 30 octobre 1935 a modifié la loi des 24 et 25 juillet 1889, pour permettre au président du Tribunal civil de prendre une mesure de surveillance ou d'assistance éducative quand « la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation » étaient « compromise ou insuffisamment sauvegardée par le fait des père et mère »[424]. Ainsi, il importait peu que les parents aient commis une faute pour que le juge intervienne.

Les réformes de droit pénal. - Le droit pénal a véritablement commencé à s'intéresser aux mineurs lorsqu'il s'est attaché à clarifier les infractions à caractère sexuel. Le Code pénal de 1791, qui rompît avec la tradition de l'Ancien Régime sur les infractions sexuelles, disposait, dans son article 30, que le viol commis sur « la personne d'une fille âgée de moins de quatorze ans accomplis » sera puni de douze années de fer[425]. Le Code de 1810 reprenait cette disposition en augmentant l'âge de la victime. A l'article 332, il aggravait la peine des auteurs de viol et autres attentats à la pudeur, aux travaux forcés à temps[426], « si le crime a été commis sur la personne d'un enfant en dessous de l'âge de quinze ans accompli ». En outre, la peine passait aux travaux forcés à perpétuité, si « les coupables étaient de la classe de ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat ou ses serviteurs à gages … [427]». La loi du 28 avril 1832 est venue réformer la matière concernant les mineurs victimes,

---

2° S'ils sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit comme coauteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants ;
3° S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, coauteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants ;
4° S'ils sont condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.
Cette déchéance laisse subsister entre les ascendants déchus et l'enfant les obligations énoncées aux articles 205, 206 et 207 du Code civil »

[423] Art. 2 – 6° de la loi : « En dehors de toute condamnation, les père et mère qui compromettent 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 de plusieurs de ces derniers ».

[424] Art. 375 C. civ.

[425] Le viol simple était puni de six années de fer.

[426] Le viol simple était puni de la réclusion.

[427] Art. 333 C. pén. de 1810.

en incriminant l'attentat à la pudeur sans violence sur des enfants de moins de onze ans. En règle générale, cette loi a « modifié le système des peines et les a rendues plus sévères, car le but du législateur était ici de renforcer la répression[428] ».

Par la loi du 13 mai 1863, l'article 331 a de nouveau été modifié en faveur de la protection des mineurs. D'abord, elle a « élevé de onze ans à treize ans l'âge de l'enfant protégé contre l'attentat à la pudeur sans violence[429] ». Ensuite, elle a incriminé cet attentat lorsqu'il était commis par un ascendant d'une victime de moins de vingt et un ans, non émancipé par le mariage. Sur le sujet des infractions sexuelles, une loi du 6 août 1942 a réprimé l'homosexualité commise sur un mineur.

La loi du 19 avril 1898 est intervenue, quant à elle, en matière coups et blessures[430]. Ce fut la première loi à créer un régime spécial de répression visant à protéger le mineur de quinze ans de la maltraitance. Celui-ci était jusqu'alors soumis au régime de droit commun[431]. La loi de 1898 a inséré plusieurs alinéas à l'article 312 du Code pénal, lequel aggravait, d'une façon générale, le délit de coups et blessures volontaires. Le nouveau système de la peine issu de la loi de 1898 comportait un double niveau. L'aggravation était fonction de la gravité des mauvais traitements et de la qualité de l'auteur. Des peines criminelles étaient donc prévues contre les parents en cas d'incapacité de travail de la victime de plus de vingt jours et contre toute personne en cas de mutilation, d'infirmité permanente ou de mort du mineur occasionnée sans intention de la donner. Quant à la peine de mort, elle était encourue en cas de décès résultant de violences ou privation habituelle. Ainsi, la protection a été délibérément orientée en faveur des enfants de moins de quinze ans accomplis. Le législateur, en fixant cette limite, a estimé qu'à l'âge de quinze ans, l'enfant possédait une force suffisante pour se protéger des violences et un esprit de décision qui lui permettait, au besoin de se réfugier chez des tiers[432].

Ensuite, que l'on se place sur le plan civil ou pénal, la prise en compte de la santé du mineur est devenue une réelle préoccupation. Très rapidement, les réformes se sont succédées sous

---

[428] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 333, n° 7.
[429] *Ibid*., n°9.
[430] Loi du 19 avril 1898, *D*. 1898, 4, 6.
[431] S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *op .cit*., p. 82.
[432] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit.*, 1982, n° 2135, p. 1734.

l'influence de l'opinion publique. A la suite de faits odieux que « la grande guerre n'a même pas fait oublier », elle s'est, en effet, révoltée quand elle a appris que les auteurs « d'abominables forfaits n'encouraient que quelques mois de prisons[433] ». En l'absence de juge des enfants, le juge d'instruction s'est progressivement vu confier une mission supplémentaire, en étant compétent pour les infractions commises tant par que sur les mineurs[434].

II. Une œuvre protectrice débutant par loi du 13 avril 1954

Dans un contexte social particulier, le législateur d'après guerre a pris des mesures efficaces qui n'ont eu de cesse de s'améliorer en donnant des compétences spécifiques à chaque acteur des secteurs judiciaires, sociaux, et médico-sociaux. (**A**) Cette œuvre protectrice a été poursuivie au décours de la réforme du Code pénal de 1992 (**B**).

A. Une nouvelle organisation législative et sociale

Au sortir de la seconde Guerre mondiale, les actes commis sur les enfants n'ont fait que croître. Selon André Bonnefoy, substitut du Procureur de la République à Tours, cette criminalité trouve son origine, sans conteste, dans l'alcoolisme. Les journalistes de l'époque n'hésitaient, d'ailleurs, pas à souligner « l'alcoolisme des bourreaux d'enfants[435] ». Emue par des affaires rendues publiques, l'opinion a souhaité que le législateur intervienne. Suite à une enquête de l'époque, réalisée par *France-Soir* sur les crimes contre les mineurs, le quotidien indiquait qu' « aussitôt des lettres de milliers de lecteurs, des pétitions envoyées des quatre coins de France, nous sont parvenues. Toutes demandent une révision du Code pénal[436] ».

---

[433] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°2009, p.353.
[434] S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *Id.*
[435] A. BONNEFOY, « La répression des crimes et délits commis contre les enfants », *Rev. Sc. Crim*., 1951, n°4, p. 608.
[436] *France-Soir*, 22 avril 1950, cité par *Id*.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi du 13 avril 1954[437]. Fort des attentes de l'opinion publique, le législateur, en plus de réformer l'infanticide, a aggravé le sort des auteurs de non-assistance à personne en danger et de violences sur mineurs. Les peines prévues aux alinéas 6 et 7 de l'article 312 ont été augmentées. L'alinéa 10 du même article, qui disposait que « si les sévices ont été habituellement pratiqués avec intention de provoquer la mort, les auteurs seront punis comme coupable d'assassinat ou de tentative de ce crime », a été remplacé par deux nouvelles incriminations punies par la peine de mort. La première était relative aux sévices pratiqués avec l'intention de donner la mort. La seconde réprimait les blessures, coups ou privations de soins pratiqués habituellement ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Désormais, la peine capitale était encourue dès lors que les mauvais traitements ont été pratiqués avec l'intention de provoquer la mort, indépendamment de tout élément d'habitude, et lorsque, sans intention de donner la mort, les mauvais traitements habituels de l'enfant ont entraîné son décès[438].

L'année suivante, une Déclaration internationale des droits de l'enfant protégeait l'enfant « contre toute forme de négligence, de cruauté ou d'exploitation[439] » et au niveau interne, un décret[440] instaurait dans chaque département un service de prévention auprès de la direction de l'aide sociale.

En 1970, lors de la réforme relative à l'autorité parentale, l'article 371-2 du Code civil venait insister sur le rôle dévolu aux parents : « l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ».

En matière pénale, la loi du 2 février 1981 a accru la répression des père et mère ou gardien auteur de violences et privation de soins ou d'aliments, commises sur un mineur de quinze ans. Les modifications apportées par cette loi ont touché le droit pénal des mineurs-victimes par deux apports. Le premier consistait à assortir de peines plus sévères l'obligation de dénoncer aux autorités les sévices subis par les mineurs. Le second visait à faire de l'article 312 du Code pénal une disposition spécifiquement consacrée aux infractions commises sur les

[437] Loi du 13 avril 1954 relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants.
[438] J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance … », *op. cit.*, p. 45.
[439] Art. 9 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959.
[440] Décret du 7 janvier 1959, *D*. 1959, 4, 232.

mineurs en excluant de son champ les violences commises sur les ascendants. Mais selon les auteurs, cette réforme s'est traduite, en pratique, par une moindre sévérité que les textes antérieurs à l'égard des auteurs d'actes dont pouvaient être victimes les mineurs de quinze ans[441].

« L'enfance en danger ». - A la charnière des années 1960, était institué un dispositif de protection des mineurs victimes de maltraitance, comportant deux aspects essentiels. Le premier confiait au juge des enfants la possibilité de prendre des mesures d'assistance éducative, lorsque la santé, la sécurité et la moralité du mineur étaient en danger ou lorsque les conditions de son éducation étaient compromises[442]. Dès lors, le juge des enfants n'était plus uniquement le juge répressif compétent pour juger des infractions commises par les mineurs. Il devint un juge civil pouvant prendre des mesures pour lutter contre l'enfance en danger[443]. Ensuite, le parquet a reçu compétence pour prendre des mesures provisoires. Ce pouvoir exceptionnel était toutefois soumis à deux conditions : d'avertir le juge des enfants compétents sous huit jours et que l'état d'urgence nécessite que de telles mesures soient prises[444]. Le second était d'ordre administratif[445]. Il attribuait au directeur départemental des actions sanitaires et sociales, une mission préventive auprès des familles dont les conditions d'existence risquaient de mettre en péril la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant.

La notion de danger encouru par l'enfant se trouvait donc au centre de ce double dispositif. Pour déterminer si le danger suscitait l'intervention sociale ou judiciaire, la doctrine préconisait de se référer davantage au degré de gravité de la situation qu'à sa nature[446]. Si la

---

[441] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 2134, p. 1733.

[442] Dispositif instauré par la loi du 23 décembre 1958. Grâce à cette réforme, le placement n'est plus envisagé comme une sanction à l'égard des parents, mais plutôt comme une aide (S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *op. cit.* p.82).

[443] Art.375 C. civ. : « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel.
Elles peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale.
La décision fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse, lorsqu'il s'agit d'une mesure éducative exercée par un service ou une institution, excéder deux ans. La mesure peut être renouvelée par décision motivée ».

[444] Art. 375-5 al. 2 C. civ. .

[445] Dispositif instauré par le D. 7 janvier 1959.

[446] C. NEIRINCK, « Le dispositif légal de protection de l'enfant maltraité : réflexions autour de la loi du 10 juillet 1989 », *P.A.* , 7 mars 1997, n° 29, p. 8.

loi du 10 juillet 1989 ne modifia rien au principe posé en 1958 et 1959, la décentralisation des services de l'Etat a imposé « la coordination des différents systèmes préexistant de protection de l'enfance maltraitée[447] ».

Les compétences du directeur départemental des actions sanitaires et sociales ont été transmises aux services de l'aide sociale à l'enfance du Conseil général[448]. Aussi, ces derniers se voient confier la prévention sociale et médico-sociale, la protection administrative et le recueil des informations. Concernant les mauvais traitements, la loi a donné à l'aide sociale à l'enfance une triple mission : de prévention, de collecte d'information, et de protection de l'enfance maltraitée[449].

Par ailleurs, la loi a prévu la création d'un service téléphonique gratuit à l'échelon national, par l'Etat, le département et des personnes de droit public, constituant à cette fin un groupement d'intérêt public[450]. Ce service doit répondre à tout moment aux demandes d'information ou de conseil relatives à l'enfance maltraitée[451] et être en liaison avec l'autorité judiciaire. L'aide sociale à l'enfance s'est, également, retrouvée au cœur du dispositif de signalement. Les professionnels concernés par l'enfance, détectant ou supposant un cas de mauvais traitement, doivent en avertir leur supérieur hiérarchique qui transmet l'information au service de l'aide

---

[447] *Id.*

[448] S. LORVELLEC, « La maltraitance en question : l'exemple français », *RIC*, 1998, n°4, p. 423.

[449] Art. L.221-1 C. de l'action sociale et des familles : « Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes :

1° Apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique aux mineurs, à leur famille, aux mineurs émancipés et aux majeurs âgés de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement leur équilibre ;

2° Organiser, dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale, des actions collectives visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles ;

3° Mener en urgence des actions de protection en faveur des mineurs mentionnés au 1° du présent article ;

4° Pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et veiller à leur orientation, en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal ;

5° Mener, notamment à l'occasion de l'ensemble de ces interventions, des actions de prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et, sans préjudice des compétences de l'autorité judiciaire, organiser le recueil des informations relatives aux mineurs maltraités et participer à la protection de ceux-ci.

Pour l'accomplissement de ses missions, et sans préjudice de ses responsabilités vis-à-vis des enfants qui lui sont confiés, le service de l'aide sociale à l'enfance peut faire appel à des organismes publics ou privés habilités dans les conditions prévues aux articles L. 313-5, L. 313-6 et L. 313-7 ou à des personnes physiques.

Le service contrôle les personnes physiques ou morales à qui il a confié des mineurs, en vue de s'assurer des conditions matérielles et morales de leur placement. »

[450] Art. 71 L.10 juillet 1989.

[451] En pratique, il s'agit du service « Allô enfance maltraitée » au 119.

sociale à l'enfance ou à l'autorité judiciaire[452]. Enfin, par la loi du 10 juillet 1989, est créé le statut de l'administrateur ad hoc. Cette innovation a permis au mineur, victime de ses parents, de prendre part au procès pénal en se constituant partie civile.

B. Une nouvelle réflexion menée par le Code pénal de 1992

Pour tenter d'endiguer les atteintes portées aux mineurs, le Code pénal de 1992 s'est intéressé de près à ce phénomène. Il a, d'abord, repris les circonstances aggravantes préexistantes de minorité et les a classées de façon ordonnée après les infractions qu'elles aggravent. Il a, ensuite, regroupé une série d'incriminations spécifiques dont la victime ne pouvait être qu'un mineur de quinze ans. Sur ce dernier point, il a consacré un chapitre exclusivement réservé aux « atteintes aux mineurs et à la famille »[453].

Comme l'indiquaient les commentateurs du Code de 1992, la qualité de mineur de quinze ans est donc devenue une « circonstance aggravante incontournable de nombreuses infractions y compris celles spécifiques aux mineurs de moins de dix-huit ans[454] ». C'est ainsi que l'article 227-22 aggrave la peine du délit de corruption de mineur (de dix-huit ans) lorsque celui est commis envers un mineur de quinze ans[455].

Cette volonté délibérée de protéger les mineurs trouve son origine dans deux sources. La première est la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, aussi connue sous le nom de Convention de New York, du 26 janvier 1990, en vigueur en France depuis le 6 septembre 1990. Ce texte, que l'on sait ne pas être directement invocable en droit français par la jurisprudence de la Cour de cassation[456], reste néanmoins d'application directe en ce qui

---

[452] C. NEIRINCK, « Le dispositif légal de protection de l'enfant maltraité … », *op. cit*., p. 10.
[453] Chapitre VII du titre II du livre II.
[454] P. COUVRAT, « Livre II : Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *op. cit*, p. 477.
[455] Art. 227-22 C. pén.: « le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100000 euros d'amende lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans ».
[456] 1ère civ. 10 mars 1993, *D*. 1993, 361 ; 1ère civ. 15 juillet 1993, *D*. 1994, 191 ; 1ère civ. 4 janvier 1995, *D*. 1995, IR 53.

concerne particulièrement son article 16[457]. Cette convention insiste sur l'intérêt supérieur du mineur, considéré comme une personne à part entière, au même titre qu'un adulte. Les articles 3[458] et 19[459] du texte invitent les Etats-parties à assurer la protection et les soins nécessaires à son bien-être et à son développement et surtout à le prémunir contre toute forme de violences et mauvais traitements[460]. La seconde source est la loi du 25 juillet 1994. Contemporaine de l'entrée en vigueur du Code pénal « nouveau », elle a néanmoins participé d'un même courant de pensée, fondé sur la protection de la famille. Son article 1er insiste, en effet, sur ce que la « famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société » et que « c'est sur elle que repose l'avenir de la nation »[461].

Section 2 – Une protection marquée par le lien domestique

Le droit pénal protège l'enfant dans son univers domestique à un double niveau par l'instauration d'un système de « circonstances aggravantes complexes[462] », prévoyant une aggravation à deux paliers.

---

[457] C.E. 10 mars 1995, *D*. 1995, 617.

[458] Art. 3 de la convention de New York du 26 janvier 1990 :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

[459] Art. 19 de la Convention de New York :

1. Les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitement ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection comprendront, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

[460] G. ROUJOU de BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, *op. cit.*, p. 442.

[461] *Id.*

[462] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit*., n°276, p. 283.

Un premier régime de circonstances aggravantes veille à garantir l'intégrité du mineur contre les atteintes pouvant lui être portée par un habitant de la maison. Cette protection permet la préservation, dans un lieu aussi sacré que la maison, de la sécurité d'un être en proie aux abus de toute espèce. Ensuite, la création d'une seconde forme d'aggravation de la peine des auteurs de violences, de négligence et d'abus, liée à la qualité de la victime, a concouru à parfaire le régime de protection de l'enfant victime.

Le lien de domesticité est présent pour la plupart des infractions relatives aux mineurs. Il consiste en la détermination d'un facteur aggravant de la peine qui s'attache à la qualité de l'auteur de ces infractions. Ainsi, ce dernier verra sa peine aggravée si la commission de son acte a été facilitée par la place qu'il occupe dans un lieu partagé avec sa victime, et au sein duquel cette victime pouvait légitiment se croire en sécurité.

Si le lien de domesticité apparaît aisément dans les textes d'aggravation du Code pénal (**I**), il n'en demeure pas moins qu'il reste encore imparfait et révèle encore quelques lacunes (**II**).

I. Des circonstances aggravantes personnelles

Les lois du 13 mai 1863 et du 19 avril 1898 ont été les premières à instituer une aggravation fondée sur le lien d'autorité entre l'auteur et sa victime. La première concernait les infractions sexuelles et la seconde était relative aux violences.

Depuis, les textes pénaux s'attachant à la qualité des auteurs de violences et d'abus sur les mineurs de quinze ans ont évolué. Ils ont permis de donner aux circonstances aggravantes, un champ d'application plus proche des réalités sociales et familiales (**A**). Parallèlement, la jurisprudence a fourni une liste suffisamment large des personnes ayant autorité pour se rapprocher de la société actuelle dont les composantes du foyer sont de plus en plus éphémères et surtout éloignées de la famille monoparentale de 1810 (**B**).

A. Le mouvement législatif

Dans leur rédaction issue des lois de 1863 et 1898, les articles 312, 333 de l'ancien Code pénal aggravaient les infractions commises par « les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs ou autres ascendants légitimes ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou ayant sa garde ». Concernant les parents, auteurs de violences ou d'agressions sexuelles, toutes les filiations semblaient être visées. En revanche, pour les ascendants auteurs des mêmes actes, seuls les ascendants légitimes, ou d'enfants légitimés, voyaient leur sort aggravé.

La liste des filiations dressée par le Code pénal correspondait à celle fixée par le Code civil de 1804. Ce dernier estimait qu'aucune famille ne pouvait se former au-delà des parents, c'est-à-dire au premier degré, lorsque la filiation était naturelle ou adoptive. Depuis, les règles relatives à la filiation ont été profondément modifiées. Lorsqu'en 1972, le législateur étendait, en matière civile, les liens familiaux à toutes les formes de filiation, le Code pénal n'a pas été modifié. La circonstance aggravante fondée sur le lien d'ascendance entre la victime et l'auteur n'était plus en adéquation avec le droit civil[463]. Pour pallier cette lacune normative, le juge pénal a utilisé la notion de « personne ayant autorité » contenue dans le texte. Il faudra attendre la loi du 2 février 1981, pour que le Code pénal vise, enfin, tous les ascendants sans distinction. Ainsi, les ascendants naturels, légitimes et adoptifs ont désormais leur peine aggravée[464]. En revanche, les collatéraux n'ont jamais été englobés dans la catégorie des ascendants[465]. Pourtant, ces individus se révèlent être une réelle menace dans la sphère domestique, qu'il s'agisse des oncles et tantes, ou simplement des frères et sœurs[466]. Enfin, pour l'unique infraction de privation d'aliments ou de soins, prévue et réprimée à l'article 227-15 du Code pénal, une ordonnance du 4 juillet 2005[467] est venue simplifier le texte, en se contentant de viser « les ascendants », sans aucune distinction[468]. Sur l'état de la filiation, la

[464] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *ibid.*, n°47, p. 45.
[465] Cass. crim. 17 mars 1881, *D*. 1881, 1, 277 ; Cass. crim. 4 août 1922, *S*. 1923, 1, 95, *Bull. crim*. n° 281.
[466] Il apparaît qu'aucune décision n'ait appliqué l'aggravation de « personne ayant autorité » au frère et sœur de l'enfant, victime de violences et d'abus.
[467] Ord. n° 2005-759, 4 juillet 2005, art. 19 I.
[468] Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Chambre criminelle a décidé que la question de savoir si l'accusé est le père de l'enfant correspondait à un élément de fait dont l'examen appartenait aux juridictions du fond[469]. De même, si les juges ont retenu une aggravation fondée sur une filiation légitime, alors qu'il s'agissait en réalité d'une filiation naturelle, cela n'a aucune incidence sur l'application du texte. Ce dernier s'attache à toutes les catégories de filiation sans exception[470].

B. Le mouvement jurisprudentiel

En dehors des cas où l'auteur est le parent ou un ascendant de la victime, il appartient aux juges de s'interroger sur le point de savoir si l'auteur « avait autorité sur l'enfant ». Selon la doctrine, cette question est résolue en recherchant si l'auteur avait ou non une communauté de vie et d'habitation avec un des parents de la victime[471]. A ce titre, une partie de la doctrine insiste sur le fait que l'autorité résulte moins de la notion de chef de famille que de la communauté d'habitation[472]. A travers la notion de personne ayant autorité, c'est l'assurance de voir protéger le plus faible à l'intérieur de la maison. Cette notion permet, par conséquent, d'ouvrir une brèche pour que la circonstance aggravante liée à l'auteur ne se cantonne pas au seul univers familial. Avec une « autorité de fait » instituée aux côtés « d'une autorité de droit »[473], le droit pénal crée une véritable protection de l'enfant dans sa maison ou dans la maison de celui chez qui il doit être en confiance. Au-delà du droit pénal de la famille, il s'agit bien d'un « droit pénal domestique » qui est instauré.

C'est par une longue casuistique que la jurisprudence a précisé qui devait entrer dans la catégorie des « personnes ayant autorité ». Ainsi, la circonstance aggravante a été retenue à

---

[469] Cass. crim. 11 janvier 1989, *Bull. crim*. n°12.
[470] *Id.*
[471] G. LEVASSEUR, v° « Coups et blessures », *Rép. pén.*, avril 1986, p. 11.
[472] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.* n°47, p. 45.
[473] Selon la distinction opérée par Michèle-Laure RASSAT, les personnes ayant une autorité de droit sont les parents au sens large de la victime, alors que celles bénéficiant d'une autorité de fait sont déterminées par la jurisprudence, qui se fonde sur le lien de proximité domestique. La jurisprudence, quant à elle, a, à plusieurs reprises, énoncé que l'aggravation pénale des personnes ayant autorité « ne résulte pas seulement d'une autorité de droit sur la personne, mais encore d'une autorité de fait, la loi n'ayant rien spécifié à cet égard », *Cf* notamment Crim. 9 décembre 1875, *Bull. crim*. n°349.

l'encontre d'individus ayant légitimement le droit de vivre au domicile de l'enfant (**1**), et contre ceux chez qui l'enfant supporte une certaine autorité (**2**).

1. L'auteur au domicile de la victime

La circonstance aggravante de personne ayant autorité a été très rapidement appliquée au mari en seconde noce ou tout simplement au concubin, sur les enfants de leur compagne. Lorsque la victime est un enfant du premier mariage de l'épouse de l'auteur, l'autorité de l'auteur sur la victime est présumé si les enfants sont mineurs. En revanche, elle doit être établie, notamment par une communauté de toit, si la victime est majeure[474]. En cas de minorité de la victime, il apparaît que ce n'est pas l'autorité qui est présumée, mais bien la communauté de toit. Ceci s'explique aisément par l'obligation légale pour les parents d'assurer les soins des enfants mineurs[475] qui implique une communauté de toit. En revanche, lorsque l'enfant est émancipé, il doit être prouvé qu'il résidait encore, au moment des faits, au domicile parental.

Dès 1837, la Chambre criminelle a déduit des dispositions du Code civil que « le beau-père qui se rend coupable du crime de viol sur la personne de sa belle-fille, mineure non émancipée, rentre dans la catégorie des personnes ayant autorité[476] ». Il a été jugé que le fait pour les victimes de ne pas habiter légalement au domicile du couple ne modifiait en rien l'application de la circonstance aggravante. Cette jurisprudence semble complètement éluder la question de la communauté de toit[477]. En effet, selon la Haute juridiction, la circonstance que l'auteur des faits est le mari de la mère de la victime suffit à caractériser la circonstance aggravante. Mais l'arrêt a, à notre sens, pour seule portée de rendre inopérant le moyen de défense visant à refuser d'admettre l'autorité à l'égard du mari de la mère de la victime qui ne réside pas constamment au domicile de cette dernière. Le lien matrimonial unissant la mère de la victime à l'auteur de l'infraction permet de présumer de ce que l'auteur habitait, ne serait-ce que de

[474] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 333, n° 148 à 151.
[475] Art. 203 C. civ. : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».
[476] Cass. crim. 16 février 1837, *Bull. crim*. n° 51, plus récemment Crim. 19 avril 2000, *Juris-Data* n°2000-002315.
[477] Cass. crim. 30 août 1855, *Bull. crim*. n° 303 ; plus proche de nous : Crim. 2 mai 1990, *Dr. pén*. 1990, n°297.

façon occasionnelle, au domicile de sa mère. Il s'ensuit que dès lors que le nouveau mari accède au domicile de la mère, il recouvre son autorité de chef de famille. Il s'agit donc d'une communauté de toit éphémère, marquée par une réelle autorité. Le mariage avec la mère de la victime fait entrer, en quelques sortes, l'auteur dans la catégorie des personnes ayant une autorité de droit[478].

Parallèlement à cette jurisprudence sur le nouveau mari de la mère de la victime, s'est développée une série de décisions relatives au concubin[479]. Pour faire ressortir l'autorité de fait dans ce domaine, il convient de souligner dans les décisions de condamnation, la communauté d'habitation[480]. Les condamnations pour infractions aggravées se sont donc recentrées sur le critère de la communauté de vie : « en cas de viol commis sur une enfant de moins de quinze ans par un homme qui vivait en concubinage avec la mère avec laquelle habitait la victime, la cour d'assises et le jury peuvent trouver dans ces faits la circonstance aggravante de l'article 333 du Code pénal[481] ». Aussi, la combinaison de deux éléments établit l'existence de la circonstance aggravante : « que la mère des victimes vive en concubinage avec l'accusé » et « que les victimes habitent avec le couple[482] ». A l'instar du remariage, il importe peu que le concubin réside de façon permanente au domicile de la mère de la victime. Comme l'indique Gérard Levasseur dans ses observations sur l'arrêt du 9 juin 1971, « la durée du concubinage et l'âge des enfants » ont « sans doute sur ce plan, plus d'influence que l'identité de celui au nom de qui sont établies les quittances de loyer[483] ». En outre, l'aggravation a été appliquée dans l'hypothèse où le beau-père n'était pas le cotuteur de la victime[484], et même après le décès de la mère de la victime[485].

---

[478] *Cf*. dans ce sens M.-L. RASSAT, *Juris Cl. Pén.*, v° « Agressions sexuelles », Art. 222-22 à 222-33-1 : fasc. 20, 2002, p. 11, n° 34 et 35.
[479] Notamment : Cass. crim. 31 décembre 1868, *D*. 1869, 1, 386, rapport Faustin Hélie ; Cass. crim. 29 juillet 1911, *D*. 1912, 1, 78 ; Cass. crim. 10 juillet 1952, *D*. 1952, 1, 298 ; Cass. crim. 23 février 1956, *Bull. crim*. n° 201, Crim. 25 mai 1956, *D*. 1956, 580.
[480] Cass. crim. 29 juin 1976, *D*. 1976, I.R. 239 ; G. LEVASSEUR, obs. sur l'arrêt du 9 juin 1971, *Rev. Sc. Crim*. 1972, p. 391 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 333, n° 154.
[481] Cass. crim. 14 octobre 1958, *D*. 1959, Somm. 15.
[482] Cass. crim. 9 juin 1971, *Bull. crim*. n° 185.
[483] G. LEVASSEUR, obs. sur l'arrêt du 9 juin 1971, *ibid.*
[484] Cass. crim. 2 mai 1844, *Bull. crim*. n°138.
[485] Cass. crim. 20 janvier 1853, *Bull. crim*. n° 23 ; Crim. 12 août 1859, *Bull. crim*. n°200.

2. La victime au domicile de l'auteur

L'enfant est protégé par la même aggravation, lorsque l'infraction est commise au domicile de la personne chez qui il s'est rendu en toute confiance. Ainsi a-t-il pu être jugé que le concubin de la grand-mère, qui avait la responsabilité de la victime, entrait dans la catégorie des personnes ayant autorité. La Cour de cassation semble avoir posé pour seules conditions que l'auteur vive en concubinage avec la grand-mère de la victime et que l'enfant habite avec le couple auquel il a été confié[486].

La question s'est également posée de savoir si l'oncle avait autorité sur sa nièce. La réponse a été évidemment négative, s'agissant d'une autorité de droit[487]. En revanche, l'autorité de fait a été retenue. Celle-ci a été subordonnée à l'existence de plusieurs éléments de fait. Comme les autres individus de la classe des personnes ayant autorité, deux éléments doivent être réunis : l'oncle et sa nièce doivent cohabiter et parfois avoir une différence d'âge[488]. Ainsi, un oncle qui a abusé de sa nièce après l'avoir attirée dans une chambre d'hôtel, n'a pas été qualifié de « personne ayant autorité »[489], dans la mesure où aucune cohabitation n'existait.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'enfant réside de façon permanente au domicile de l'auteur. Il peut être simplement confié à ce dernier de façon quotidienne. Dans ce contexte, il a été décidé que « l'accusé (grand-oncle de la victime) était de la classe de ceux qui avaient autorité sur l'enfant mineur », car il recevait la victime « quotidiennement » et que cette dernière « lui était confiée par sa mère »[490].

La Chambre criminelle a également retenu qu'une cour d'appel avait caractérisé à bon droit la circonstance d'autorité en retenant que la prévenue était la nourrice de la victime et qu'elle la gardait à son domicile dans la journée[491]. Le mari de la nourrice a, aussi, été jugé comme étant de la classe de ceux qui avaient autorité. Dans un arrêt du 28 novembre 2001, la Haute

---

[486] Cass. crim. 10 avril 1959, *D*. 1959, Somm. 59 ; *Rev. Sc. Crim*. 1959, p. 852 ; *JCP G* 1959, IV, 57.
[487] Le texte d'aggravation ne visait que les père et mère ainsi que les ascendants, ceci a été rappelé par la Cour de cassation : Crim. 3 octobre 1862, S. 1863, 1, 168 ; *Bull. crim.* n° 238 ; Crim. 29 juillet 1911, *Bull. crim*. n° 398.
[488] *Cf*. notamment Crim. 4 avril 1833, *Bull. crim*. n° 121 ; Crim. 2 septembre 1869, *Bull. crim*. n°204.
[489] Cass. crim. 4 août 1922, *Bull. crim*. n° 281 ; *S*. 1923, 1, 95.
[490] Cass. crim. 9 décembre 1875, *Bull. crim*. n°349.
[491] S'agissant de poursuites du chef de violences aggravées : Cass. crim. 13 septembre 2000, *Gaz. Pal*. 26-27 janv. 2001.

juridiction a estimé que le mari de la nourrice détenait une autorité de fait sur l'enfant, notamment parce qu'il allait parfois le chercher à l'école, le gardait en l'absence de son épouse et lui prodiguait des soins nécessités par son âge[492]. Dans une autre espèce, le mari a subi l'aggravation de l'article 222-24 du Code pénal aux motifs que « la victime se trouvait chez lui hors la présence de ses père et mère[493] ». A l'instar du mari, le fils de la nourrice de la victime a été considéré comme une personne ayant autorité[494]. Selon la Cour de cassation, la Chambre d'accusation avait relevé avec précision les éléments de fait permettant d'établir l'autorité : cohabitation (au moins la journée) et garde de l'enfant en l'absence de sa mère.

Enfin, l'individu qui dispense régulièrement un soutien scolaire à la victime doit être considéré comme une personne ayant autorité[495]. Pour ce dernier, les juges répressifs ne semblent pas devoir caractériser d'autres éléments que l'autorité qu'il possède en tant qu'enseignant. Bien que nous soyons dans le cadre d'infractions domestiques, la jurisprudence assimile l'autorité de l'enseignant particulier de la victime à celle de l'instituteur, qui a toujours été de la catégorie des personnes ayant autorité[496].

II. Des circonstances aggravantes incohérentes

Il est vrai que la répression des infractions commises par les parents ou autres personnes ayant autorité sur une victime mineure de quinze ans a beaucoup évolué. Toutefois, si la volonté des législateurs successifs a été de protéger l'enfant dans son milieu domestique, aujourd'hui cette protection n'a pas atteint son point d'achèvement. En effet, si l'on s'attarde sur le régime répressif entourant deux types infractions particulièrement symptomatiques : les violences (**A**) et les infraction à caractère sexuel (**B**), il est permis de rendre compte qu'il n'offre pas une garantie satisfaisante.

---

[492] Cass. crim. 28 novembre 2001, pourvoi n°01-86.218.
[493] Cass. crim 10 juillet 2002, *Bull. crim.* n° 152.
[494] Cass. crim. 9 juillet 1991, *Dr. pén*. 1991, n°315.
[495] Cass. crim. 19 avril 2000, pourvoi n° 99-86.192.
[496] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, art. 312, n°55, p. 95 ; *cf.* récemment Crim. 13 octobre 2004, pourvoi n°04-81.537.

A. L'aggravation des violences

La loi de 1898 a institué, pour la première fois, une aggravation de la peine pour les auteurs de coups et blessures sur les mineurs de quinze ans. Parallèlement, elle en a créé une seconde, concernant les actes commis par « les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs ou autres ascendants légitimes toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou ayant sa garde ». Ainsi existait-il deux circonstances aggravantes : l'une fondée uniquement sur l'âge de la victime, et l'autre sous-tendue par le lien de proximité familiale d'une part, et éventuellement par l'âge de la victime, d'autre part. L'utilisation du terme enfant prêtait, en effet, à confusion. Devait-on entendre par enfant, le mineur de moins de quinze ans dont il est question aux alinéas précédents ou l'enfant – fils ou fille de famille - sans distinction d'âge, à l'instar des violences commises sur les ascendants ? Il apparaît que ce fut la première hypothèse qui a été adoptée. Il en a résulté une lecture complexe des dispositions aggravantes liées à la fois à la minorité et au lien entre la victime et l'auteur. Il fallait donc avoir une lecture croisée des deux circonstances pour retrouver la peine encourue par l'ascendant auteur des maltraitances ou des abus.

Le Code pénal de 1992 a, quant à lui, choisi de clarifier le régime d'aggravation s'agissant des violences. Aussi, il a marqué la séparation de la circonstance tenant au lien entre la victime et l'auteur, des autres circonstances aggravantes. Pour ce faire, le législateur de 1992 a attribué à chaque catégorie de violence un système propre d'aggravation, pour ensuite, insérer à la fin des articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13, dans un alinéa ne portant aucune numérotation, l'aggravation fondée sur le lien de proximité entre l'auteur et sa victime. Cet alinéa accroît les peines encourues lorsque l'infraction est commise sur un mineur de quinze ans « par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par tout autre personne ayant autorité sur le mineur ». Le parti était alors pris de souligner clairement que cette circonstance venait s'ajouter à celle de minorité de la victime. Ceci rendait, semble-t-il, plus lisible le texte répressif.

En pratique, rien ne différencie radicalement le régime de l'ancien Code pénal de celui de l'actuel. Aujourd'hui, comme auparavant, le fils de famille âgé de quinze ans ou plus ne mérite pas d'être protégé de façon spécifique. En revanche, l'intérêt de la victime de violences,

lorsqu'elle est l'ascendant de l'auteur, est sauvegardé par l'aggravation de l'article 312 quel que soit son âge. Les textes pénaux continuent donc à défendre les parents, alors que les enfants ne semblent pas mériter une telle faveur[497]. D'autant que ce n'est pas parce que l'âge de quinze ans est atteint que l'enfant victime ne doit pas être protégé. Après ses quinze ans, l'enfant reste vulnérable, non plus en raison de son âge, mais par la déférence naturelle qu'il doit à ses parents. Les violences commises par un ascendant sont donc facilitées de ce chef. Il serait donc pertinent d'instaurer une aggravation tenant compte de la qualité d'ascendant de l'auteur sans considération de l'âge de la victime, semblable à celle déjà existante concernant les violences commises sur un ascendant.

B. L'aggravation des infractions à caractère sexuel

Le viol a été la première infraction pour laquelle le sort du coupable, ayant autorité sur la victime, a été aggravé. Il est, toutefois, regrettable que les observations faites précédemment sur la répression doublement aggravée des actes commis par un ascendant et sur un mineur de quinze ans, ne puissent s'appliquer au viol.

En effet, le viol commis sur un mineur de quinze ans n'est pas aggravé à la fois par l'âge de la victime et par le lien de dépendance familiale ou d'autorité unissant l'auteur à la victime. L'article 222-24 du Code pénal actuel[498] vise les deux catégories d'aggravation, sans permettre leur cumul. En conséquence, lorsque la victime est âgée de moins de quinze ans, ce sera soit son âge, soit le rapport d'autorité avec l'auteur qui aggravera la peine. En somme, il importe peu que le viol soit commis par un étranger ou par un individu ayant un lien particulier avec lui, la peine applicable reste la même.

---

[497] Goyet s'offusque des violences portées par un enfant sur ses parents : « il est odieux de voir un fils porter la main sur ses parents », tout en passant sous silence les actes de même nature commis par un parent sur un enfant de quinze ans ou plus ; F. GOYET, M. ROUSSELET et M. PATIN, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., p. 428.

[498] Art. 222-44 C. pén.: Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : (…)
2°. Lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans ; (…)
4°. Lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par tout autre personne ayant autorité sur la victime ; (…)

En revanche, en ce qui concerne les « agressions sexuelles autres que le viol » et les « atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans », le système répressif est différent. Il s'avère particulièrement proche de la politique criminelle souhaitée. En cette matière, il existe une infraction autonome qui protège les mineurs de quinze ans[499] et une circonstance tenant à la qualité de l'auteur qui aggrave la peine[500]. Ceci nous amène à penser que le délit d'agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans est plus protecteur des intérêts de l'enfant que le crime de viol. D'où la tendance actuelle des parquets et magistrats instructeurs à correctionnaliser le viol en agression sexuelle.

Le débat actuel visant à instaurer une incrimination autonome d'inceste prend ici tout son sens. L'enfant ayant subi un viol commis par une personne ayant autorité sur lui demeure une victime particulière. En matière de viol et autres agressions sexuelles, à l'exception des atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans, la condition selon laquelle les actes sexuels doivent être imposés par « violence, contrainte, menace ou surprise » s'applique difficilement aux infractions commises sur les victimes soumises à l'autorité de leur agresseur. En effet, fréquemment c'est l'autorité même qui implicitement génère la contrainte imposée à la victime. Il conviendrait donc d'intégrer cette notion d'autorité au sein de la définition des infractions à caractère sexuelle ou plus simplement, d'instaurer des infractions autonomes dont l'élément principal serait l'autorité de l'auteur sur sa victime.

La doctrine le souligne fort justement : « la protection de la vie de l'enfant paraît mieux assurée par la redéfinition des infractions que par l'aggravation des sanctions[501] ». En effet, il est capital de recentrer les incriminations sur les enfants et les personnes particulièrement vulnérables. Les actes sont d'une nature différente lorsque l'auteur s'attaque à une personne faible. Au même titre que l'empoisonnement est un homicide particulier, les infractions commises sur les enfants et personnes vulnérables devraient être dissociées des autres. Le Code de 1992, et pour partie l'ancien Code, l'ont déjà fait concernant les infractions portant « atteintes aux mineurs et à la famille », les atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans, et la privation de soins. Pour parvenir à un système juridique réellement protecteur des intérêts des

[499] Art. 222-29 (pour les agressions sexuelles autres que le viol) et 227-25 C. pén. (pour les atteintes sexuelles).
[500] Art. 222-30 (pour les agressions sexuelles autres que le viol) et 227-26 C. pén. (pour les atteintes sexuelles).
[501] D. MAYER, « Droit pénal », *Travaux de l'Association Henri Capitant,* 1981*, op. cit.*, p. 279.

mineurs, il resterait maintenant à ériger en infraction autonome, lorsqu'ils sont commis sur un mineur, le meurtre, les violences, le viol et les agressions sexuelles.

CHAPITRE 2

LA REPRESSION DES ACTES COMMIS SUR MINEURS

Après avoir cerné l'évolution de la prise en considération de l'enfant victime par le droit criminel, il reste maintenant à comprendre plus précisément comment la loi pénale a organisé l'incrimination et la répression des actes commis à leur encontre. Les mineurs en tant que personnes intrinsèquement vulnérables ont, en effet, suscité une protection pénale renforcée qui s'exprime au travers du terme « maltraitance ».

Bien que très souvent usité, le terme de « maltraitance » ne possède aucune définition légale. Au regard des études réalisées sur ce thème, son sens varie « au gré des aléas culturels ou sociaux[502] ». Il semble qu'en France, cette notion[503] se soit inspirée de la construction du « syndrome de l'enfant battu » apparu aux Etats-Unis à la fin des années 1970. Selon l'observatoire de l'action sociale décentralisée (ODAS), qui a été le premier à définir la maltraitance, « l'enfant maltraité est celui qui est victime de violences physiques, d'abus sexuels, de cruauté mentale, de négligences lourdes ayant des conséquences graves sur son développement physique et psychologique[504] ». Prenant conscience de l'existence de ce phénomène, le législateur a réagi. Outre l'aggravation liée à la qualité de l'auteur, il a crée une série d'infractions et de circonstances prenant en considération la spécificité de la situation du

[502] S. LORVELLEC, « La maltraitance en question… », *op. cit*., p. 425.
[503] La maltraitance est un néologisme qui n'a été créé en France qu'en 1985.
[504] J. BARROT, *L'Observation de l'enfance en danger : guide méthodologique*, Paris, ODAS-Observatoire national action sociale décentralisée, coll. « Les guides méthodologiques de l'ODAS », 1995, p. 46.

mineur[505]. Si l'on tient compte de la problématique de la criminalité domestique, seules ont vocation à être examinées, les infractions commises à la fois au domicile du mineur et par un de ses occupants. Il est donc évident que ne seront pas étudiés le délaissement de mineur, l'abandon de famille, les atteintes à l'exercice de l'autorité parentale et à la filiation, pour lesquels l'élément domestique fait défaut. De même, les infractions commises par un tiers qui n'habite pas la maison de l'enfant ou chez lequel l'enfant n'a pas à se rendre en confiance, n'ont pas leur place dans cette étude.

Aussi, seule demeure pertinente l'analyse d'infractions purement domestiques et révélatrices d'un accroissement de la prise en compte de la protection des mineurs comme une valeur essentielle. Il ne sera donc pas surprenant de voir abordées les infractions non seulement de commission (**Section 1**), mais aussi d'omission (**Section 2**)[506].

Section 1 – Les atteintes portées aux mineurs par commission

Parmi les infractions de commission dont peuvent être victimes les mineurs à l'intérieur de la maison, certaines peuvent être qualifiées de violences volontaires (**I**) et d'autres ont un caractère sexuel (**II**).

[505] La minorité de quinze ans aggrave : le meurtre (art. 221-4 1° C. pén.), les tortures et actes de barbarie (art. 222-3 1°), les violences (art. 222-8 1°, 222-10 1°, 222-12 1°, 222-13 1°), l'administration de substances nuisibles (art. 222-15 1°), le viol (art. 222-24 2°), les agressions sexuelles autres que le viol (art. 222-29 1°), la provocation au suicide (art. 223-13 al. 2), l'enlèvement ou la séquestration (art. 224-5), le délit de mise en péril des mineurs (art. 227-18 et s.). Par ailleurs, la minorité aggrave le proxénétisme (art. 225-7 1°).

[506] *Cf*. notamment sur la distinction entre infractions de commission et infractions d'omission : R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1957, p. 129.

I. La répression des actes de « violences volontaires »

Depuis la loi du 19 avril 1898, le mineur de quinze ans est protégé contre les coups et blessures infligés par des auteurs plus âgés. Cette aggravation tardive des actes de violences commis sur les enfants a été reprise par le Code pénal de 1992 qui la classe, aujourd'hui, au même rang que les violences commises notamment sur un conducteur de bus, un homosexuel ou un avocat (**A**). Enfin, le milieu domestique conduit naturellement à s'interroger sur le degré de tolérance de notre droit sur ce qu'il convient d'appeler le droit de correction (**B**).

A. Des coups et blessures aux violences volontaires aggravées.

Le Code pénal napoléonien avait réuni dans son article 312, les circonstances aggravantes du délit de coups et blessures volontaires. Dans ses premiers alinéas, l'article 312 prévoyait l'aggravation de la peine lorsque l'auteur avait fait des blessures ou porté des coups « à ses père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascendants légitimes » (**1**). Du fait des réformes visant à protéger les mineurs, il poursuivait avec les dispositions fondées sur l'âge de la victime, pour clore sur celles relatives à la qualité de père, mère ou ascendant légitime de l'auteur. Ainsi, les réformes successives ont conféré à l'article 312, une lecture particulièrement laborieuse (**2**).

1. Le régime complexe de l'article 312 du Code pénal de 1810

L'appréhension difficile de l'article 312 a conduit la doctrine et la jurisprudence à s'interroger, d'une part, sur le contenu de l'élément matériel de la maltraitance sur mineur, et, d'autre part, sur le caractère autonome ou non de l'article 312 de l'ancien Code pénal.

L'élément matériel du délit de coups et blessures. - La grande difficulté posée par l'article 312 originaire résidait dans son champ d'application qui ne visait que les coups et blessures. Alors que les blessures sont des « ruptures de téguments avec plaie et effusion de sang », les coups

sont des « chocs sans effusion de sang »[507]. Ces expressions s'appliquaient « nécessairement aux actes violents matérialisés par un contact entre l'auteur des faits et la victime et ayant produit le résultat incriminé : coups de poing, coups de pieds, gifles[508] », … La jurisprudence, sensible au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, se refusait d'assimiler les violences aux coups et blessures. Etaient ainsi écartées de l'aggravation les voies de fait qui, sans toucher matériellement le corps de la victime, étaient de nature à causer une vive impression[509]. La Cour de cassation ayant conféré un sens bien déterminé aux coups et blessures, ces derniers ne pouvaient être constitués que si les actes incriminés atteignaient physiquement la victime.

Dans sa première version, le projet de loi avait, toutefois, pris en compte l'absence de contact avec le corps de la victime, puisque le texte visait les « violences quelconques ». Mais cette formule n'a pas convaincu le législateur. Comme l'indiquait Garçon, cette exclusion n'était absolument pas fondée, car l'impression causée à la victime est « d'autant plus dangereuse que la victime est plus jeune, et le fait, par exemple, de mettre en joue une petite fille de treize ou quatorze ans est susceptible de lui causer plus de frayeur qui pourrait compromettre gravement sa santé[510] ».

Seul le recours aux incriminations des articles 309 et 311, qui réprimaient les voies de faits, restait possible. Toutefois, la peine ne se trouvait pas aggravée lorsque la victime était mineure de quinze ans. Ainsi, il a été jugé que le fait de déshabiller un jeune garçon avec brutalité et d'enduire son corps de cambouis malgré sa résistance ne constituait pas des coups et blessures aggravés par l'âge de la victime, mais le délit de violences simples prévu à l'article 311 de l'ancien Code pénal[511]. Il en était de même pour le fait pour un individu d'aborder brusquement une enfant seule dans un champ, une pierre à la main et de lui faire une proposition obscène[512]. Cette distorsion entre les infractions de violences et de coups et blessures a pris fin par un revirement de jurisprudence opéré par un arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1957, qui a estimé que les aggravations de peine édictées par l'article

[507] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 273, p. 279.
[508] *Id.*
[509] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit.*, art. 312, n°31, p. 92.
[510] *Id*.
[511] Cass. crim. 16 février 1938, *Gaz. Pal*. 1938, 1, 750. ; *Rev. Sc. Crim* 1938, 494, obs. HUGUENEY.
[512] Cass. crim. 14 novembre 1931, *S*. 1833, 1, 80.

312 du Code pénal qui se réfère aux articles 309 et 311 qui le précèdent, s'étendent aux violences et voies de fait de toute espèce[513].

Une ordonnance du 23 décembre 1958 est venue clarifier cette position en aggravant, de la même façon, toutes les infractions commises à l'encontre des mineurs de quinze ans[514]. La loi visait alors non seulement les coups et blessures, mais aussi « toute autre violence ou voie de fait[515] ». Enfin, la loi du 2 février 1981 a supprimé le terme de blessures qui selon le législateur supposait un coup ou une violence[516].

La nature autonome des violences commises sur mineur.- Dès l'entrée en vigueur de la loi du 19 avril 1898, s'est posée la question du caractère autonome du délit et plus clairement celle de savoir si les coups et blessures portés sur un mineur de quinze ans étaient constitutifs d'une infraction aggravée ou d'une infraction autonome. Pour la doctrine, le caractère autonome de l'infraction de violences sur mineur de quinze ans s'est imposé.

Pour Garraud, les faits commis sur un mineur de quinze ans sont constitutifs d'un délit spécial, lui-même aggravé par une série de circonstances parmi lesquelles la gravité du mal causé, la préméditation ou le guet-apens, la qualité de l'auteur des faits lorsqu'il a autorité sur la victime[517]. Messieurs Merle et Vitu voient, quant à eux, dans l'article 312 une infraction autonome dont l'un des éléments constitutifs serait l'âge de la victime. Ils citent à l'appui de leur affirmation un arrêt du 8 novembre 1960[518] qui affirme : « les violences volontaires exercées sur la personne d'un enfant de moins de quinze ans, tombent sous le coup de l'article 312 du Code pénal, dès lors qu'elles n'ont pas le caractère de violences légères, et ce, alors même qu'il n'en serait résulté pour la victime aucune incapacité de travail ». Pour autant, à la lecture de cet arrêt rien ne laisse apparaître que l'article 312 du Code pénal érige les violences sur mineurs en infraction autonome. Il est plutôt permis d'en déduire que l'article 312 aggrave les violences par la seule qualité de la victime, peu importe l'étendue de leurs gravités. Cette

[513] Cass. crim. 27 mars 1957, *Bull. crim.* n°292.
[514] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°2011, p. 359.
[515] Cass. crim. 26 décembre 1961, *Bull. crim*. n°558.
[516] J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, n°37, p.58.
[517] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°2011, p. 359.
[518] Cass. crim. 8 novembre 1960, *Bull. crim.* n° 507.

aggravation s'analyse comme une aggravation complexe comme c'est le cas dans le Code pénal actuel[519].

Un arrêt de la Chambre criminelle du 24 mars 1958 était plus explicite et laissait moins de place à la discussion : « la minorité de quinze ans de la victime constitue un élément essentiel du crime prévu par l'article 312 § 6 et suivants du Code pénal, et non pas une circonstance aggravante[520] ».

Mais, si la volonté du législateur avait été d'édicter une incrimination autonome de violences contre les enfants, n'aurait-il pas complètement dissocié celle-ci de l'aggravation fondée sur la qualité d'ascendant de la victime. Cette dernière ne fait, pourtant, l'objet d'aucune discussion en tant que circonstance aggravante du délit de violences.

De plus, que penser de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question qui n'est qu'une succession de revirements. Après avoir clairement affirmé que l'article 312 constituait une aggravation de peine et non une infraction à part entière en 1957[521], elle revient sur une position opposée en 1958, pour finalement émettre un avis mitigé en 1960.

Il apparaît, par conséquent, que même si l'on doit considérer les coups et blessures commis sur un mineur comme une infraction autonome, il n'en demeure pas moins que l'article 312 doit être considéré comme posant une circonstance aggravante dissociable des coups et blessures, permettant une lecture à choix multiples lorsque une circonstance fait défaut.

A notre sens, l'article 312 de l'ancien Code pénal doit se lire, non comme une infraction autonome de violences commises sur la personne d'un mineur de quinze ans, mais comme une accumulation de circonstances qui s'ajoute pour aggraver les violences. Ainsi, l'âge de la victime et le lien l'unissant à l'auteur doivent être entendus comme deux circonstances qui s'associent pour accroître la répression des enfants dans la sphère domestique. A cet égard, le Code de 1992 ne modifie rien.

---

[519] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit*, 2004, p. 303.
[520] Cass. crim. 24 mars 1958, *Bull. crim*. n°287.
[521] Cass. crim. 27 mars 1957, *Id.*

Le seul argument à notre sens diriment en faveur du caractère autonome de l'article 312 de l'ancien Code pénal est celui de l'intention spécifique de l'auteur de violences commises envers un mineur de quinze ans : la connaissance exigée de l'âge de la victime. Ce point sera abordé plus loin avec plus de détails.

2. Les violences aggravées par le Code pénal de 1992

Comme l'indique une étude relative aux violences commises sur les mineurs de quinze ans, celles-ci se trouvent « au cœur de la violence familiale ordinaire[522] », et de façon plus précise au centre de la délinquance domestique banale. Et pourtant, le Code pénal de 1992 n'a pas jugé bon de créer d'infractions spécifiques réprimant les violences commises contre les mineurs de quinze ans. Il a préféré aggraver les violences, et ainsi maintenir les éléments constitutifs de ces infractions. Ainsi, les peines applicables aux auteurs de violences suivent les conséquences dommageables subies par la victime.

La circonstance aggravante de minorité de la victime. - Le législateur de 1992 a fait le choix d'aggraver les violences lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur de quinze ans et l'architecture du Code, contrairement au passé, ne laisse planer aucun doute. En effet, les circonstances aggravantes applicables à toutes les catégories de violences sont identiques. Elles sont énumérées aux articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 du Code pénal. Ainsi, le législateur a jugé qu'il était préférable, pour une meilleure lisibilité, de répéter, pour chaque catégorie de violences, les causes d'aggravation de la peine.

La circulaire du 14 mai 1993 indiquait, même, que « la présentation des textes relatifs aux violences sur les mineurs de quinze ans a été profondément modifiée par le nouveau Code pénal » et « les dispositions de l'article 312 qui réunissent aujourd'hui tous les cas de violences ou de mauvais traitements sur les mineurs se trouvant dispersés entre plusieurs articles[523] ».

[522] S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *op. cit.*, p. 95.
[523] Circ. 14 mai 1993, art. 155.

La minorité de la victime est maintenant intégrée à la liste des circonstances aggravantes applicables aux différentes catégories de violences, aux paragraphes premiers des articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 du Code pénal nouveau, correspondant donc aux derniers alinéas de l'article 312 de l'ancien Code pénal. L'évolution de la prise de conscience du législateur sur la question de l'enfant victime de violences est notable de ce point de vue. Dans le Code pénal de 1992, la minorité de la victime apparaît comme la première cause d'aggravation juste avant celle la vulnérabilité de la victime. Alors que dans sa première insertion à l'article 312 du Code pénal par la loi de 1898, cette circonstance ne figurait qu'*in fine*. A tout le moins, l'aggravation des violences commises sur un mineur de quinze ans se retrouve hiérarchiquement avant celle fondée sur la qualité d'ascendant de la victime, qui a représenté pendant longtemps le geste le plus méprisable après le parricide. Ainsi, faire de la minorité de la victime la première cause d'aggravation témoigne de la volonté de considérer désormais l'enfant comme une victime particulièrement vulnérable.

Mais cela n'est pas suffisant, compte tenu de la tendance actuelle d'accroître la liste des personnes particulièrement protégées. En effet, de nouvelles circonstances aggravantes liées à la qualité de la victime se développent au fil des réformes. Dernièrement, le législateur a décidé d'inclure parmi elles, les violences commises sur les arbitres sportifs. Dans cette dynamique, bientôt toutes les victimes pourront entrer dans le cadre de ces circonstances : mineurs de quinze ans, personnes particulièrement vulnérables, ascendants, conjoints ou concubins de l'auteur, professionnels de justice et sa famille, agents d'un exploitant de réseau de transport public, personnes chargées d'une mission de service public, professionnels de santé, témoins, parties civiles, victimes en raison de leurs appartenances ou non à une ethnie, une nation, ou une religion, de leur orientation sexuelle[524]… En procédant ainsi, les mineurs de quinze ans ne semblent plus constituer une catégorie de victime à part entière, comme ce fut le cas aux derniers temps de l'ancien Code pénal. Il conviendrait donc, à l'instar du délit de privation de soins, d'instituer une infraction particulière et d'accroître la peine applicable.

[524] Pour une liste exhaustive, *Cf.* l'art. 222-8 C. pén. Pour certaines de ces circonstances, la loi exige que les violences soient motivées par les raisons énoncées (appartenance à une ethnie, dans l'exercice des fonctions, selon les orientations sexuelles de la victime). En pratique, il apparaît que celles-ci ne soient pas appliquées avec une grande rigueur.

Les éléments constitutifs des violences sur mineurs. - Il ne fait aucun doute que les violences commises sur les enfants sont constituées d'éléments communs à toutes les formes de violences. Ces éléments sont donc indifférents à la qualité de la victime. Toutefois, certains estiment que la connaissance de la minorité de la victime doit être considérée comme étant un élément spécifique à ce type de violences. Or, cette affirmation est loin de correspondre à la position adoptée par la majorité de la doctrine.

Les éléments communs aux violences[525]*.* - Certains éléments constitutifs de l'infraction de violences sont identiques selon la qualité de la victime. Ils se retrouvent indifféremment que la victime est pénalement protégée ou non.

Le premier de ces éléments est l'acte de violence. La consistance de cet acte n'est pas définie par le Code pénal. Néanmoins, il ressort de la circulaire du 14 mai 1993 que le terme « violences recouvre les mêmes agissements que l'expression de coups, violences ou voies de fait employées dans les articles 309 à 312 »[526]. On entend par coups, le « contact brutal entre l'agresseur et sa victime[527] », directement ou par l'intermédiaire d'un objet ou d'un animal. En revanche, l'expression « voie de fait » n'implique pas nécessairement de contact. Ainsi, constituent des violences les actes qui sans toucher la victime peuvent l'impressionner fortement et lui causer un « choc émotif[528] » ou un trouble psychologique.

Le deuxième élément commun est l'élément intentionnel. L'intention de l'auteur des violences va permettre de faire une distinction entre les violences volontaires d'une part, et violences involontaires et les négligences, d'autre part. Une jurisprudence constante de la Chambre criminelle a estimé que l'intention réside dans le fait de vouloir l'acte et non de vouloir les conséquences dommageables : « l'infraction se trouve constituée dès lors qu'il existe un acte volontaire de violence ou une voie de fait, dirigée contre une ou plusieurs personnes quel que soit le mobile qui l'a inspiré, et alors même que son auteur n'a pas voulu causer le dommage

---

[525] *Cf*. sur ce sujet : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 278 et s. ; J. PRADEL et M. DANTI JUAN, *Manuel de droit pénal spécial*, *op.cit*., p. 57 et s. ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, 7e édition, Paris, Armand Colin, 1999, p. 34 et s.

[526] Circ. du 14 mai 1993, art. 155.

[527] J. PRADEL et M. DANTI JUAN, *Manuel de droit pénal spécial*, *op.cit*., n° 40, p. 58.

[528] Cass. crim. 30 avril 1996, *Bull. crim*. n° 180.

qui en a résulté[529] ». Selon la doctrine, cette interprétation est « conforme à l'esprit et à la lettre du Code pénal[530] ». En effet, le Code punit les violences « ayant entraîné » une infirmité, une mutilation ou une incapacité de travail et non les violences « ayant pour but » un tel dommage. Dans la mesure où les coups ne sont pas portés avec l'intention de donner la mort, les coups mortels restent des violences, et n'entrent pas dans l'incrimination de meurtre. Enfin, la volonté d'user de son droit de correction parentale est sans conséquence sur l'intention délictueuse de l'auteur, dès lors que les actes infligés à l'enfant dépassent les limites de ceux admis en la matière.

La connaissance de la minorité de la victime par l'auteur des violences. - La connaissance de l'état de minorité de la victime par l'auteur des violences est une question vivement débattue. Pour Monsieur le conseiller Valat[531], « selon l'opinion de la majorité des auteurs, le coupable doit avoir su que la victime était âgée de moins de quinze ans ». Pour illustrer son propos, il cite le commentaire de Garçon[532] de l'article 312 de l'ancien Code pénal, qui indique que « l'intention exigera de plus la connaissance de l'âge de l'enfant ». Or, en insistant sur cet élément intentionnel spécifique qui tenait à l'âge de la victime, les commentateurs de l'époque ont simplement donné à l'infraction de l'article 312 de l'ancien Code pénal son véritable régime. Il s'agit, en effet, d'une incrimination autonome et non d'une infraction aggravée. Dans cette hypothèse, le coupable doit nécessairement avoir la connaissance de tous les éléments qui composent l'infraction, y compris l'âge de la victime. Ainsi, sous l'empire de l'ancien Code, il apparaissait incontestable de prendre une telle position.

Aujourd'hui, deux régimes distincts doivent être différenciés. D'une part, l'âge de la victime peut être un élément constitutif de l'infraction protégeant le mineur, à l'instar de la privation d'aliments ou de soins, ou des atteintes sexuelles. Dans ce cas, il est évident que l'auteur des faits doit avoir connaissance de l'âge de la victime. D'autre part, l'âge de la victime peut être capital pour la détermination d'une circonstance aggravante, comme pour le meurtre, le viol, les agressions sexuelles. Dans cette seconde hypothèse, bien que la doctrine s'oppose, tout laisse penser que la connaissance par l'auteur de l'âge de sa victime est inopérante.

---

[529] Notamment Cass. crim. 3 octobre 1991, *Dr. pén*., 1992, comm. 57.
[530] M. VERON, *Droit pénal spécial*, *op. cit*., p. 36.
[531] J.-P. VALAT, *Juris Cl. Pén.*, v° « Violences », Art. 222-7 a 222-16-1, fasc. 10, 2005, p. 13.
[532] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 312, n°28.

Dans une thèse sur la théorie générale des circonstances aggravantes, un auteur soutient le contraire : « lorsque la circonstance aggravante tient à une situation de fait préexistante à l'acte, l'agent devra avoir connaissance de celle-ci[533] ». Toutefois, aucun élément objectif ne vient étayer ce point de vue.

L'âge de la victime semble être la seule circonstance tirée de la personne de la victime qui ne doit pas être apparente ou connue de l'auteur pour entraîner l'aggravation[534], contrairement à la qualité de magistrat ou l'état de vulnérabilité. « Parce qu'il s'agit d'une référence au critère objectif de l'âge de la victime, la matérialité de cette circonstance n'exige du juge aucune analyse de la psychologie de l'auteur. La victime, au moment des faits, est âgée de plus ou moins quinze ou dix-huit ans selon les incriminations, et cette réalité n'est sujette à aucune controverse. Comme en outre la volonté de protéger tout particulièrement les mineurs est acquise et affirmée depuis longtemps, c'est la logique de protection qui l'emporte[535]. »

De plus, il ressort des débats parlementaires relatifs à cette question qu'il n'est pas utile de « multiplier les circonstances aggravantes pour des éléments qui pourraient échapper à la connaissance de l'auteur. Cependant, il reste ce cas qui est suffisamment important pour être souligné : le mineur a droit à cette protection particulière qui provoque une circonstance aggravante des mineurs. Il n'y a aucune incohérence, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait cohérence[536] ».

En pratique, concernant les violences domestiques sur mineurs, il semblerait que la proximité entre la victime et l'auteur soit suffisante pour que ce dernier ait une parfaite connaissance de l'état de minorité[537]. Il serait donc peu concevable que l'auteur de violences contre un mineur partageant le même toit argue de sa méconnaissance de l'âge de sa victime.

---

[533] C. de JACOBET de NOMBEL, *La théorie générale des circonstances aggravantes*, Paris, Dalloz, 2006.
[534] M. DALLOZ, *Rép. pén.*, v° « Circonstances aggravantes », novembre 2001, n°36, p. 5.
[535] M. DALLOZ, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, Thèse de doctorat de droit privé et de sciences criminelles, Université de Nice, Nice, 2001, p. 506, n°480.
[536] *J.O. Sénat*, CR, séance du 24 avril 1991, p. 660.
[537] M. VERON, *Dr. pén*. 2006, comm. 97.

Enfin, sur la minorité de la victime, il convient de préciser que la condition d'application essentielle de la circonstance aggravante est que la victime ait moins de quinze ans au moment des violences[538]. En outre, l'âge de la victime doit être déterminé, comme celui de l'auteur, par le temps écoulé depuis sa naissance et se calcule d'heure à heure.

La répression des violences sur mineur. - En matière de violences, les conséquences dommageables qui en résultent, ne doivent pas être observées comme des éléments constitutifs de l'infraction. Elles classent les violences dans une catégorie infractionnelle et détermine la peine applicable à l'auteur. Lorsque les victimes sont des mineurs de quinze ans et que les violences ont été commises par un ascendant ou une personne ayant autorité, les faits entrent dans la classe des délits, même en l'absence d'incapacité de travail[539]. Dès lors que les violences ont entraîné une mutilation, une infirmité permanente ou la mort sans intention de la donner, elles deviennent criminelles et sont punies de quinze à trente ans de réclusion[540].

[538] Cass. crim. 12 janvier 2000, *Bull. crim.* n° 16.

[539] Si les violences n'ont entraîné aucune incapacité de travail ou une incapacité inférieure à huit jours, les violences commises sur un mineur de quinze ans constituent un délit puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende si les violences ont été commises par un ascendant ou une personne ayant autorité. En l'absence de circonstance aggravante, les violences contraventionnelles sont punies de la peine des contraventions de la 4ème classe (750 euros d'amende). Si les violences ont causé une ITT de plus de huit jours, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque la victime a moins quinze ans. Ces peines sont aggravées à dix ans d'emprisonnement si les violences ont été commises par un ascendant ou une personne ayant autorité.

[540] Si les violences sur mineurs ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, elles seront punies de quinze ans de réclusion criminelle. Cette peine est portée à vingt ans si l'auteur est un ascendant ou une personne ayant autorité. Si le juge prononce au moins une peine égale à dix ans de privation de liberté sans sursis, la période de sûreté s'applique de plein droit. En matière de violences sur mineurs ayant entraîné la mort sans intention de la donner, le coupable peut être condamné à une peine de vingt ans et trente ans lorsque l'auteur est un ascendant ou une personne ayant autorité.

B. Le droit de correction parentale [541]

L'usage des châtiments corporels commis sur les enfants est fréquent dans le cadre de l'intimité de la maison. Ces actes domestiques se trouvent à mi-chemin entre un devoir d'éducation des parents et des actes pouvant recevoir la qualification de violences. Nous venons de le voir, le Code pénal réprime les punitions corporelles infligées aux enfants. L'article 222-13 condamne les violences sur un mineur de quinze ans sans qu'il soit nécessaire de constater une incapacité de travail et l'article 222-14 réprime quant à lui les violences habituelles sur mineur de quinze ans lorsqu'elles n'ont pas entrainé d'incapacité de travail de plus de huit jours. Le droit semble donc tout à fait clair en la matière. Mais c'est sans compter la pratique de ces textes à laquelle se livre la jurisprudence. Cette dernière, pour écarter les textes du Code pénal, se fonde sur l'existence d'un droit de correction. L'exercice de cette correction parentale érigée en droit, a donné lieu à beaucoup d'écrits[542].

Dans l'Ancien Droit. - Beaucoup de coutumiers faisaient référence au droit pour le père de famille d'user de violences à l'égard de ses enfants. La *Summa de legibus Normanie* précisait que la justice ne doit pas aller inquiéter un chef de famille pour les coups qu'il donne à ses enfants, ses domestiques et à sa femme[543]. Au XVIIe siècle, le père disposait d'un droit paternel d'incarcération appelé «correction paternelle» créé par un Edit royal de 1639, qui imposait la soumission de l'enfant à l'autorité de son père : la révérence naturelle des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain. Le

---

[541] Sur la question : M. HERZOG-EVANS, « Châtiments corporels : vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ Famille* 2005 p. 212 ; J. CORNET, « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ Famille* 2005 p. 226 ; O. MAUREL, « Les conséquences des châtiments corporels infligés dans le cadre de l'éducation », *AJ Famille 2005,* p. 224 ; A. GOUTTENOIRE et H. FULCHIRON, *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° « Autorité parentale », janv. 2012 ; Décision du Comité européen des droits sociaux, « Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd. c. France », Réclamation n° 92/2013, disponible en ligne : http://hudoc.esc.coe.int/fre?i=cc-92-2013-dmerits-fr ; Le Point, « Fessée : la loi française pas « suffisamment claire », selon le Conseil de l'Europe », Le Point [en ligne], 4 mars 2015.

[542] Notamment P. CUCHE, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, Paris, LGDJ, 1905, p. 157 : « le fouet a sur toutes les autres punitions l'avantage d'inspirer aux enfants une réelle crainte. C'est un efficace procédé d'intimidation. S'il est administré avec mesure et seulement sur certaine partie du corps, il ne présente aucun inconvénient pour la santé de l'enfant. » ; *cf*. également sur ce thème, deux thèses de doctorat en droit : R. JAMIN, Appréciation critique du Code civil sur la législation de la correction paternelle, réforme à faire et lacune à combler, Thèse de doctorat de droit, Université de Paris, Paris, Imprimerie H. Jouve,1903 ; M. SADI, *Vers une meilleure protection de l'enfance, la réglementation actuelle du droit de correction*, Thèse de doctorat de droit, Université de Toulouse, Toulouse, Imprimerie E. Escourbiac, 1938.

[543] Cité par J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, n°109, p. 121.

père de famille détenteur de la puissance paternelle se voyait attribuer le droit de correction paternelle, si l'autorité du père était bafouée, la paix familiale compromise ou que le père avait de graves sujets de mécontentement, il pouvait faire interner son enfant par la puissance publique[544].

Au XIXe siècle. - Entre le châtiment corporel acceptable, les punitions domestiques dans un but d'amendement moral et l'appel au tribunal pour incarcération d'un enfant trop vicieux ou trop pervers, nous sommes en présence d'une gamme étendue de sanctions à l'égard des enfants[545]. Le Code civil de 1804 reconnaissait au père un droit de correction, entendu comme le droit pour lui de faire détenir l'enfant pendant un certain laps de temps, dans l'hypothèse où il aurait « des sujets de mécontentement très graves sur la conduite de l'enfant[546] ». Ainsi que l'a rappelé Garraud, il existe des incarcérations que les lois civiles ou administratives autorisent, ainsi « les enfants mineurs, contre lesquels les parents ont des sujets de mécontentement très graves, peuvent être détenu, par voie de correction parentale »[547]. Si le Code Napoléon envisageait l'exercice du droit de correction[548] par la possibilité offerte aux parents de saisir le juge en vue de l'incarcération de l'enfant[549], ce droit de correction est rapidement devenu coutumier et a permis à la jurisprudence de laisser à la discrétion des parents le droit d'infliger des châtiments corporels à leurs enfants à des fins éducatives.

---

[544] P.-B. LEBRUN, *Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant en action sociale et médico-sociale*, Paris, Dunod, 2011, p. 292

[545] J.-F. LAE, *L'instance de la plainte, une histoire politique et juridique de la souffrance*, Paris, Descartes et Cie, coll. « Droit », 1996, p. 182.

[546] Art. 375 C. civ. : « Le père qui aura des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants »

[547] R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1909, p. 256, n°132.

[548] Moyens d'ordre judiciaire : art. 376 et s. C. civ. 1804.

[549] Le père pouvait exiger l'incarcération de son enfant mineur pour une durée maximale d'un mois (moins de seize ans) ou de six mois (plus de seize ans). Le président du tribunal d'arrondissement devait délivrer l'ordre d'arrestation (ancien art. 376 CC), mais, pour les mineurs de plus de seize ans, il pouvait, après en avoir conféré avec le commissaire du Gouvernement le refuser, ou abréger le temps de la détention requis par le père (ancien art. 377 CC). La justice était alors peu respectueuse du droit des enfants, qui étaient même incarcérés avec les majeurs jusqu'à l'adoption de la loi du 5 août 1850. Le 3i décembre 1927, les colonies correctionnelles et pénitentiaires sont par décret rebaptisées maisons d'éducation surveillée, mais appelées maisons de redressement ou maisons de correction (et les colons deviennent des pupilles). Le corps des moniteurs-éducateurs, ancêtres des éducateurs, est créé en 1935 : titulaires de diplôme d'assistant social ou du certificat d'aptitude a l'enseignement des enfants arriérés (créé en 1909), ils sont chargés de la formation professionnelle et de la discipline. Le 30 octobre 1935, un décret-loi remplace la correction paternelle par le placement en maison d'éducation surveillée ou en institution. L'ordonnance du 1er septembre 1945 crée au sein de l'administration pénitentiaire la direction de l'Education surveillée : elle dispense une formation professionnelle aux mineurs. Les pouvoirs du père seront encore réduits par l'ordonnance du 23 décembre 1958 qui créera l'assistance éducative et attribuera au juge des enfants créé le 2 février 1945 un rôle civil de protection en partant du principe qu'un mineur délinquant est souvent un mineur qui n'a pas été protégé assez tôt. *in* P.-B. LEBRUN, *op. cit.*, p. 293.

On trouve les premières traces de l'admission de ce droit de correction dans un arrêt de 1819[550]. La Chambre criminelle a affirmé que « les sévices et mauvais traitements exercés par une mère sur son enfant rentrent dans les dispositions des articles 309[551] et suivants du Code pénal et ne peuvent pas être excusés par la qualité de la prévenue à qui la nature et les lois civiles ne confèrent qu'un simple droit de correction ». Dès lors, à côté du droit de correction prévu par le Code civil, il en existe un autre conféré par « la nature ».

Sur cette question, Chauveau et Hélie proposent leur analyse : « loin de les autoriser à frapper leurs enfants, l'article 375 du Code civil les oblige à recourir à la peine de la détention par voie de correction. On peut bien excuser des violences légères qui n'annoncent pas une intention criminelle assez caractérisée. Mais lorsque les violences excèdent toute mesure, il n'est pas permis d'oublier que la loi doit une égale protection à tous les citoyens quel que soit l'auteur de l'attentat commis sur leur personne. Le principe contraire n'aboutirait à rien moins qu'à importer chez nous le droit de vie et de mort que les pères avaient à Rome[552] ». Plutôt que de considérer le droit de correction parental comme un droit naturel, Chauveau et Hélie pensent quant à eux, que les violences légères ne méritent pas d'être sanctionnées du fait d'un défaut d'intention criminelle. L'absence de volonté de l'auteur de commettre des violences empêcherait l'application de la loi pénale. Ce défaut d'intention est limité par des violences jugées excessives. Ce raisonnement nous paraît plus cohérent que celui de la Cour de cassation en 1819. Le rôle du juge serait donc d'exercer une sorte de contrôle de proportionnalité entre les coups portés et le but pédagogique recherché.

A titre d'exemple, cet arrêt de la cour de Pau rendu en 1901 qui décrit le châtiment d'un fils de quatorze ans. La cour d'appel retient que le père a agi de bonne foi et sans méchanceté lorsqu'il a attaché l'enfant à une chaise et avait, en outre, tendu ses bras le long d'un bâton qu'il avait fixé devant sa poitrine et l'avait ainsi laissé dans cette situation pendant une heure, tout cela afin de l'empêcher de commettre de nouveaux larcins (…) cet acte n'a laissé aucune trace sur le corps de l'enfant, ni altéré sa santé ». La juridiction poursuit sa motivation en faisant état de ce que « le fils qui ne manque de rien et qui pourtant ne tient pas compte ni des

[550] Cass. Crim., 17 déc. 1819, S. 1819-1821, Chron. p. 152.
[551] Coups et blessures ayant entraîné une maladie ou une incapacité de travail de plus de vingt jours.
[552] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*. t. 5, p. 412.

réprimandes, ni des menaces, ni des châtiments qui lui étaient infligés »[553].

A l'occasion des discussions de la loi du 19 avril 1898, des voix s'étaient élevées. «Pour que les ascendants ou tuteurs, a dit le rapporteur de la loi Monsieur de Folleville, tombent sous le coup de la loi répressive, votre commission exige le caractère anormal des voies de fait commises sur un enfant de moins de quinze ans révolus ; elle veut que les mauvais traitements reprochés au coupable présentent un caractère de brutalité et de cruauté manifeste[554] ».

En droit positif. - Devant le flou des conditions d'application de ce droit de correction, c'est le Tribunal de police de Bordeaux qui a, dans un jugement de 1981[555], déterminé les contours de ce droit. Pour que ce dernier s'applique, le Tribunal considère que la violence infligée à l'enfant doit être légère et avoir un but pédagogique. Sont ici repris les critères implicites qui apparaissaient dans les jurisprudences antérieures : « les châtiments corporels ou même le traditionnel droit de correction ne correspondent plus à l'état de nos mœurs, les parents et les enseignants possèdent toujours, dans un but éducatif, un pouvoir disciplinaire pouvant éventuellement s'exercer sur de jeunes enfants sous forme de gifles ou de tapes inoffensives ». Il convient de relever l'utilisation par le juge de Bordeaux, d'une liste de procédés d'exercice du pouvoir disciplinaire qui semble limitative : gifles ou tapes inoffensives, laquelle exclurait les autres procédés.

La jurisprudence a donc dû composer avec les difficultés d'appréciation liées à l'imprécision des critères. Ceci a conduit à ce qu'elle fasse parfois preuve de beaucoup de compréhensions face aux comportements des titulaires du droit de correction[556]. Les juges civil et pénal veillent

---

[553] Pau 25 mars 1901, D. 1901, p. 430.

[554] Discussion de la loi du 19 avril 1898, rapporté par G. Le POITTEVIN, *Dictionnaire des parquets et de la police judiciaire*, 6e édition, Paris, Rousseau et Cie, 1928, tome 4, v° « Violences », p. 990.

[555] Tribunal de police de Bordeaux, 18 mars 1981, 18 mars 1981, *D*. 1982, p. 182, note D. MAYER, *Rev. Sc. Crim.*, 1982, p. 347, obs. G. LEVASSEUR.

[556] Caen, 4 mai 1998, RG n°97/0667 appliqué au milieu scolaire : après des remarques verbales restées sans effet, il appartient aux enseignants de faire cesser un comportement insolent et provocateur d'un élève et de maintenir la discipline et le respect dus aux maîtres dans les limites du droit de correction. Ce droit peut dès lors être exercé sous condition qu'il n'en résulte aucune conséquence excessive de nature à compromettre la santé physique ou morale de l'enfant ; Crim. 17 juin 2007, n°02-84.986 : la Chambre criminelle confirme l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui considère que « le 19 février 1999, Marie Z..., qui assurait la garde du jeune Gabin X... né le 17 mars 1997, au domicile de ses parents, a effectivement administré une claque à celui-ci ; mais il n'est nullement établi que ce geste ait excédé les limites du droit de correction inhérent à la mission de surveillance qui avait été confiée à la gardienne de l'enfant ; que les nombreuses investigations diligentées n'ont pas permis de mettre en relation les troubles comportementaux du jeune Gabin avec des faits de violence ou de maltraitance imputables à Marie Z... ».

cependant à ce que les parents ne dépassent pas les bornes de leurs latitudes pédagogiques pour pénétrer sur le terrain de la maltraitance. A ainsi été sanctionné le fait de plonger la tête d'un enfant de six ans dans la cuvette des toilettes en tirant la chasse d'eau, puis en lui administrant des claques[557] ou encore le fait de frapper une enfant de neuf ans causant ainsi d'importantes ecchymoses[558]. La jurisprudence est donc tenue de distinguer les châtiments excessifs qui mettraient en danger les enfants des châtiments légers s'inscrivant dans l'exercice du droit de correction dont les parents sont titulaires.

C'est précisément cette latitude laissée au juge de distinguer entre le châtiment léger et le châtiment sévère qui est à l'origine de la déclaration de non-conformité à l'article 17 de la Charte sociale européenne[559]. Ce dernier énonce que les Etats parties s'engagent « à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation. » Cette disposition ne semble pas imposer aux Etats l'adoption d'une législation particulière interdisant les châtiments corporels. Dans une décision du 12 septembre 2014, rendue publique le 4 mars 2015[560], le Comité européen des droits sociaux a condamné la France en raison de « l'absence d'interdiction explicite et effective de tous les châtiments corporels envers les enfants en milieu familial, scolaire et autre cadres ». Cette condamnation fait suite à une réclamation collective déposée en février 2013 devant le Conseil de l'Europe contre sept pays membres, dont la France, par l'Association pour la protection des enfants (APPROACH), une organisation non-gouvernementale anglaise ayant le statut participatif auprès du Conseil de l'Europe. Dans cette décision, le Comité trouve le fondement de sa prise de position sur sa

---

[557] Cass. Crim., 21 févr. 1990, *Dr. Pén*. 1990, p.216.
[558] Cass. Crim., 3 mai 1984, n°84-90.397.
[559] Charte sociale européenne, traité ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe à Strasbourg, le 3 mai 1996 (STE n°163, entrée en vigueur le 1er juillet 1999) – Art. 17 : Droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique - En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant :
1.*a.* à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin ;
b. à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation ;
c. à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial ;
2. à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire.
[560] *Décision du Comité européen des droits sociaux du 4 mars 2014, Réclamation n° 92/2013.*

propre jurisprudence[561], exigeant que « le droit interne des Etats [contienne] des dispositions qui permettent d'interdire et de sanctionner toute forme de violence à l'encontre des enfants, c'est à dire tout acte ou comportement susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique, à la dignité, au développement ou à l'épanouissement psychique de l'enfant. Ces dispositions doivent être suffisamment claires, contraignantes et précises pour ne pas laisser au juge la possibilité de refuser d'en faire application aux violences contre les enfants. » Puisque le droit de correction porte atteinte à l'interdiction des châtiments corporels, il ne saurait continuer à s'appliquer sous peine de violer l'article 17 de la Charte d'après le Comité[562].

Les législations « anti-fessées ». - Certains Etats européens ont fait le choix d'interdire les châtiments corporels au sein de la famille. La Suède fait figure de pionnier dans ce domaine puisqu'une loi du 1er juillet 1979 y prohibe tout châtiment corporel. De nombreux Etats ne font pas la distinction laborieuse entre châtiment tolérable et châtiment punissable à l'instar de la jurisprudence française. Ainsi, la Finlande, la Norvège, l'Autriche, Chypre, le Danemark, la Croatie, l'Allemagne ou encore les Pays-Bas ont choisi d'interdire purement et simplement les châtiments corporels si bien qu'en 2015, 27 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe s'étaient dotés d'une législation contre les punitions corporelles envers les enfants. La Cour européenne des droits de l'homme condamne ces châtiments. Dans une affaire dans laquelle le requérant avait été battu de manière habituelle par son beau-père avec une canne de jardin, elle a considéré que le droit britannique n'offrait pas une protection suffisante à la victime de tels sévices et a condamné le Royaume-Uni sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme[563].

La France, encouragée par cette évolution et placée dans la situation délicate de déterminer la frontière entre les comportements excessifs et tolérables, semble s'orienter vers la prohibition des châtiments corporels. A plusieurs reprises, la France a tenté de passer par la voie législative. Une proposition de loi a été déposée en 2010 par la députée et pédiatre Edwige Antier mais n'a reçu aucun succès. En mai 2014, à l'occasion de la loi sur la famille, un

[561] Comité européen sur les droits sociaux, Organisation mondiale contre la torture c. Portugal, réclamation n°34/2006, décision sur le bien fondé 5 déc. 2006.
[562] A.GOUTTENOIRE, « Châtiments corporels : la France doit-elle légiférer ? », *La lettre juridique – Lexbase* [en ligne], n°605, 19 mars 2015.
[563] CEDH, A. c/ Royaume-Uni, 23 sept. 1998, req. n°100/1997/884/1096.

« amendement anti-fessée » avait été déposé par les députés écologistes avant d'être retiré[564]. Celui-ci prévoyait que « les titulaires de l'autorité parentale ne peuvent user de châtiments corporels ou de violences physiques à l'égard de l'enfant ». La secrétaire d'Etat à la famille Laurence Rossignol a proposé, quant à elle, de ne pas légiférer sur la question et préfère créer « une réflexion collective » sur « l'utilité des punitions corporelles dans l'éducation des enfants » afin de ne pas « couper le pays en deux camps, ceux qui sont pour la fessée et ceux qui sont contre. » Le choix de légiférer semble étonnant car un support textuel réprimant tous les châtiments corporels sur mineurs existe déjà au travers des articles 222-13 et 222-14 du Code pénal. Et le Code civil nous rappelle que l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne[565]. »

Le 29 juin 2016, le Parlement a voté un nouvel amendement prévoyant l'interdiction de toutes formes de châtiments corporels sur les enfants. Cette disposition s'insère dans le Code civil et particulièrement aux articles relatifs à l'autorité parentale. Le texte, qui sera ajouté à l'article 371-1 du Code civil, affirme « l'exclusion de tout traitement cruel, dégradant ou humiliant, y compris tout recours aux violences corporelles [566]». La mesure, qui devra encore être soumise au vote du Sénat au jour où nous achevons cette thèse, est uniquement civile. Aucune sanction pénale nouvelle n'est prévue à l'encontre des parents. Mais elle « énonce un principe clair, qui a vocation à être répété aux pères et aux mères, et à imprégner leur comportement futur », soulignent les députés Marie-Anne Chapdelaine, François-Michel Lambert et Edith Gueugneau. Alors qu'elle encourageait deux ans plus tôt l'inaction législative dans ce domaine, Laurence Rossignol, a « salué » cet amendement, « outil indispensable à la prévention de la maltraitance des enfants ». Pour autant, la prohibition de « tout traitement cruel, dégradant ou humiliant, y compris tout recours aux violences corporelles » ne fait-elle pas partie du respect dû à la personne de l'enfant, sur lequel insistait déjà l'article 371-1 du Code civil issue de la loi du 4 mars 2002 ? La réforme portant sur l'article 371-1 du Code civil n'est pas anodine

[564] Le Monde, « L'amendement "anti-fessée" sorti de la loi famille », *Le Monde* [en ligne], 19 mai 2014.
[565] Al. 2 de l'art. 371-1 C. civ. issu de la loi du 4 mars 2002.
[566] Nouvel al. 2 de l'art. 371-1 C. civ si l'amendement est adopté définitivement : « l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne, à l'exclusion de tout traitement cruel, dégradant ou humiliant, y compris tout recours aux violences corporelles ».

et bénéficie d'une certaine solennité, car cet article du Code civil est lu par l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage.

Les sanctions pour maltraitance existent déjà au plan pénal, avec circonstances aggravantes pour les personnes ayant autorité. Selon Olivier Maurel, président de l'Observatoire de la violence éducative ordinaire, ces circonstances jouent souvent en sens inverse dans la jurisprudence, au nom d'un « but pédagogique » qui « atténue » finalement les sanctions dans les tribunaux. Nous ne partageons son point de vue. Le seul objectif que se fixent les tribunaux est celui de la conciliation entre éducation et maltraitance.

D'un point de vue médical. - S'agissant des conséquences des châtiments corporels, le point de vue des scientifiques quant aux effets des châtiments corporels ne souffre d'aucune ambiguïté. De telles punitions sont nocives pour les enfants qui en ont fait les frais. Elles peuvent tout d'abord entraîner des traumatismes physiques particulièrement graves : fracture du coccyx ou lésion du nerf sciatique en cas de fessée vigoureuse, éclatement de tympan ou traumatisme oculaire suite à une gifle… Les progrès de l'imagerie cérébrale dynamique ont permis de mettre en évidence le fait que les enfants victimes de ces châtiments sont particulièrement sujets aux troubles de l'apprentissage[567]. Leurs aptitudes intellectuelles peuvent donc se réduire. Le stress, que les enfants ressentent lorsqu'un châtiment leur est administré et auquel ils ne peuvent pas réagir, fait le lit de la maladie et des accidents. Les scientifiques notent, en effet, que les personnes qui ont subi des coups dans leur enfance sont moins à même de se défendre face aux dangers. Une étude a permis de mettre en évidence la corrélation existant entre l'importance des punitions corporelles reçues en famille et le nombre d'accidents subis dans l'enfance et l'adolescence[568]. Au delà des effets sur la santé, les châtiments corporels auraient une influence sur les comportements agressifs de ceux qui en ont fait l'objet[569]

[567] A. DAMASIO, *Le sentiment même de soi*, corps, émotions, conscience, traduit par C. Larsonneur et C. Tiercelin, Paris, Odile Jacob, 1999.
[568] J. CORNET, « Faut-il battre les enfants ? », Paris, Hommes et Perspectives – Martin média, 1997.
[569] M. CHOQUET et S. LEDOUX, *Adolescents : enquête nationale*, Paris, INSERM- Institut national de la santé et de la recherche médicale -La documentation française, 1994.

II. La répression des abus sexuels commis contre les enfants

Les agressions sexuelles des mineurs entrent à l'évidence dans la sphère de la maltraitance. Peut-être plus que les autres individus de la maison, les enfants sont la proie des attaques de toute nature ayant pour objet de porter atteinte à leur intégrité corporelle et particulièrement à leur intimité. Une première analyse peut conduire à estimer que, dans le milieu domestique, l'enfant est la victime idéale des auteurs déviants, et ce, pour plusieurs raisons : il s'agit d'une victime à la fois proche, d'un esprit malléable et surtout d'une grande faiblesse. En somme, pour les délinquants qualifiés de pédophiles, « la maison » reste un terrain favorable à leurs exactions.

La manifestation de l'utilisation sexuelle de l'enfant de la maison a donné lieu à plusieurs études juridiques, philosophiques, psychologiques, sociologiques et même théologiques. Il est concevable de placer aux origines de toutes celles-ci, la vision aristotélicienne du phénomène, qui, nous semble-t-il, peut être appliquée à tous les auteurs d'actes de pédophilie commis dans la maison. Selon Aristote[570], l'amour parental est proche de l'appropriation et l'enfant en bas âge est souvent identifié en quelque sorte, à une partie de soi-même. Les actes commis sur l'enfant de la maison ressemblent donc de ce point de vue à une appropriation charnelle. A ce titre, combien de parents usent d'un vocable révélateur : « c'est mon enfant, j'en fais ce que je veux ! ».

Aujourd'hui, les abus dont sont victimes les mineurs ont évidemment engendré une prise en compte du droit criminel. Le droit pénal combine un double système d'aggravation. Il sanctionne, d'une part, plus durement les infractions sexuelles commises par « un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime », sur la personne d'un mineur. Il réprime, d'autre part, de façon aggravée les actes commis sans « violence, contrainte, menace ou surprise » lorsque la victime est un mineur de quinze ans, et avec « violence, contrainte, menace ou surprise » pour les mineurs de quinze ans, et par les personnes susvisées pour les mineurs de dix-huit ans.

---

[570] ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par J. Aubonnet, Paris, Garnier Flammarion, n°43, 1968, V, 6, 1234b1.

Le droit criminel a, toutefois, évolué timidement à travers les époques, pour passer d'une affaire purement familiale dans laquelle le droit n'avait pas vocation à intervenir, à une répression retentissante et stigmatisante pour les auteurs. Seule une étude de l'évolution des incriminations protégeant les mineurs contre les abus sexuels permettra de rendre compte de ce phénomène (**A**).

La question relative aux agressions sexuelles domestiques sur mineurs place au centre du débat deux notions essentielles qui interfèrent l'une avec l'autre : celles d'inceste et celle de pédophilie. Même si la notion de pédophilie correspond pour une large part à la réalité du phénomène pénal, celle d'inceste ne couvre pas la totalité des cas, dans la mesure où entrent également dans le cadre des atteintes sexuelles commises dans l'espace domestique, les agressions commises par le compagnon en seconde noce de la mère de l'enfant ou même par un individu que l'on considérera comme un « intrus » du point de vue de l'acte incestueux. Ces derniers auteurs entreront toutefois au même titre que les auteurs incestueux dans l'aggravation prévue par le Code pénal, par l'utilisation du concept de « personne ayant autorité ».

La volonté exacerbée récente de réprimer l'inceste doit être limitée au moyen d'une réflexion profonde sur la terminologie à employer et sur l'efficacité de l'arsenal répressif existant. La définition de l'inceste[571] usuellement donnée est : « relations sexuelles prohibées entre parents très proches de sexe différent[572] » ou plus encore, celle plus précise de : « conjonction illicite entre les personnes qui sont parentes ou alliées au degré prohibé par les lois[573] ». Aussi, l'inceste s'établit à la fois par des relations sexuelles et par un lien de parenté préalablement déterminé par la loi. Sont donc incestueuses les relation sexuelles entre adultes, entre mineurs et entre un adulte et un mineur. En droit, avant la loi du 14 mars 2016, seul le droit civil utilisait aujourd'hui le concept d'inceste qu'il sanctionne par des interdictions à mariage, en fixant le degré de parenté proscrit. Les civilistes entendent par inceste : « l'union en vue de

[571] Inceste est formé du préfixe *in* (privatif) et du substantif *castus* (chaste).
[572] Définition du dictionnaire : *Trésor de la Langue Française Informatisé*, édité conjointement par le C.N.R.S., l'A.T.I.L.F. et l'université de Nancy 2.
[573] P.-E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, Monte Carlo, éditions du Cap, 1968, v° « inceste » (2ème entrée).

mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine[574] ». Précisément ce sont les articles 161[575] et suivants du Code civil qui précisent quels sont les mariages prohibés, de façon relative ou absolue, selon le degré de parenté. Aussi, le droit civil pose une liste de prohibition entre adultes consentants.

Pour ce qui concerne plus spécifiquement la criminalité domestique, d'une manière plus appropriée que le terme inceste, il conviendra d'utiliser celui de « pédophilie domestique ». Le substantif inceste ne reflète pas, en effet, la réalité des actes criminels commis dans l'enceinte de la maison, ces derniers étant généralement perpétrés sur la personne de mineurs, par des individus qui peuvent ne pas être les parents de la victime.

Une fois ces incertitudes terminologiques dissipées, il reste à s'interroger sur le point de savoir s'il est opportun de modifier en profondeur notre système pénal actuel. L'étude de la répression de l'enfance abusée passe fondamentalement par un questionnement sur la pertinence des éléments requis pour que soient constituées les infractions de viol et d'agression sexuelle sur mineur, lorsque celles-ci sont commises par un membre de la maison (parents ou non). Eu égard à la jurisprudence actuelle visant à assimiler le jeune âge ou/et le lien de parenté à la contrainte, les conditions essentielles de « violence, contrainte, menace ou surprise » prévues par les textes pénaux classiques sont-elles toujours aussi pertinentes ? A ce titre, convient-il de les abandonner au profit d'une infraction autonome dite « d'inceste », pour reprendre les termes du débat, ou plus précisément de pédophilie domestique (**B**) ?

A. <u>Vers une répression renforcée des actes sexuels commis sur les mineurs.</u>

La question de la combinaison de la protection des mineurs et de la répression des violences sexuelles n'a été qu'une préoccupation tardive de la part des autorités législatives. Sous l'Ancien Droit, les incriminations édictées en matière de violence sexuelle n'ont pas considéré

[574] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 1998, v° « Inceste ».
[575] Art. 161 C. civ. : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne » ; Art 162 : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur » ; Art. 163 : « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ».

le jeune âge de la victime comme une circonstance particulièrement aggravante (**1**). Tardivement, le Code pénal de 1810 a pris en considération cette donnée pour l'intégrer dans les éléments constitutifs de certaines infractions ou pour en faire une circonstance aggravante à part entière. Enfin, le Code pénal de 1992 ayant modifié en profondeur les infractions à caractère sexuel, modification préalablement entreprise par la loi du 23 décembre 1980, le sort des victimes mineures a également connu une large transformation (**2**).

1. L'Ancien Droit : du strupum violentum *au viol*

On ne peut percevoir comment les législations ont envisagé la question des violences sexuelles en règle générale, sans postuler que « rien n'est plus tributaire d'une époque et d'une civilisation données que la notion de (bonnes) "mœurs"[576] ».

En droit romain. - A Rome, le *stuprum violentum* pouvait être assimilé au viol[577]. Toutefois, contrairement à notre incrimination actuelle, il semble que pour le crime public romain, ce fût davantage le caractère violent de l'acte qui déterminait sa répression. Aussi, la valeur protégée n'était pas la moralité, la pudeur ou l'intégrité sexuelle, mais plutôt l'intégrité physique de la personne. C'est ainsi que le droit et les sociétés antiques n'ont pas jugé bon d'incriminer les relations sexuelles entre un adulte et un mineur, quand bien même celles-ci auraient été imposées[578], les contraintes sexuelles imposées aux enfants correspondaient véritablement à un rite initiatique. Une nette évolution est intervenue dans le droit germanique, où seul le *stuprum* était visé par la loi pénale. La relation sexuelle contrainte et imposée est alors devenue un crime spécial, et la violence qu'un moyen d'y parvenir.

Sous l'Ancien Droit. - L'Ancien Droit pénal « présentait, notamment sous l'influence de l'Eglise et de la morale chrétienne, d'importantes différences avec le droit actuel[579]». A titre d'illustration, il était bien plus grave de commettre un acte de bestialité, d'homosexualité ou d'avoir un comportement obscène dans une église, actes passibles de la peine capitale, que d'abuser d'un mineur. Aussi, en la matière, le droit de l'ancien régime ne connaissait pas de

[576] A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal, tome 1 : le droit pénal*, *op. cit.*, p. 158.
[577] L. 5 § 4, D., *Ad legem Jul. de vi publica.*
[578] *Cf.* J.-P. BAUD, *Le droit de vie et de mort, Archéologie de la bioéthique, op. cit.*, p. 178 et s.
[579] A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal, tome 1 : le droit pénal*, *op. cit.,* p.158.

circonstances aggravantes personnelles à l'auteur (qualité d'ascendant, autorité,), sauf en ce qui concerne les relations entre deux personnes du même sexe. Lorsque la victime mineure était de sexe masculin, les juges retenaient l'incrimination de sodomie[580] et accroissaient la peine selon l'âge de la victime. En revanche, quand la victime était de sexe féminin et s'il n'y avait pas eu viol, la justice semblait ne pas être touchée par la question. Il faudra attendre le XVIIe siècle pour voir apparaître des poursuites pénales pour « indécences répréhensibles » ou « indécences attentatoires à l'honneur » qui entraînaient *in fine* de faibles condamnations[581]. Ainsi, seules deux infractions semblaient laisser place à davantage de répression : le viol et le rapt.

Bien que le viol et le rapt correspondaient à deux incriminations distinctes[582], tant les coutumiers que les décisions de justice paraissaient utiliser indifféremment ces termes. Il apparaît surtout que le terme de viol soit très peu usité au profit de celui de rapt. Cette assimilation a été confirmée par une partie de la doctrine pénaliste de l'Ancien Droit : « les lois ont regardé les deux espèces de crimes comme semblables et même on a appliqué à tous les deux, les dispositions des Ordonnances qui n'étaient rendues que l'un ou l'autre de ces crimes[583] ».

Quelques différences subsistent néanmoins. Dès les premiers temps de son incrimination, le viol est clairement défini comme « toute conjonction illicite commise par force et contre la volonté des filles, des femmes et veuves[584] », autrement dit, le viol devait s'entendre d'un acte sexuel imposé avec violence. Quant au rapt dit « de violence », les criminalistes de l'époque l'ont déterminé comme « l'enlèvement qui se fait par force d'une fille, ou d'une femme, pour en jouir contre sa volonté[585] ». Le point commun de ces deux crimes est l'absence totale de consentement de la victime[586].

---

[580] « La sodomie est un crime abominable et contre nature qui a été appelé ainsi du nom de la ville de Sodome, qui périt par le feu, à cause d'exécrables péchés », Cl.- J. FERRIERE, *op. cit*., v° « Sodomie ».
[581] A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal, tome 1 : le droit pénal*, *op. cit.*, p. 159.
[582] Dès le XIIe siècle pour A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *id.* et dès le XVIIe siècle selon J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit*., n°181, p. 314.
[583] MUYART de VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France…, op. cit.,* p. 743.
[584] *Id*.
[585] *Ibid*., p. 742.
[586] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op.cit.*, p.314.

Alors que le rapt de violence supposait l'enlèvement, par force et malgré elles, des filles, femmes et veuves, soit majeures, soit mineures, dans le dessein d'en abuser ; le viol se commettait lorsqu'un homme attentait, par force et violence, à la pudicité d'une fille, d'une femme ou d'une veuve pour la connaître charnellement. Certains auteurs ont d'ailleurs considéré que le rapt de violence pouvait être envisagé en tant qu'incrimination autonome de la tentative de viol, l'enlèvement constituant un commencement d'exécution en vue de commettre l'infraction de viol. Quant à l'enlèvement qui caractérisait le rapt, il semblait impliquer dans la plupart des coutumes, une présomption de viol.

L'incrimination posée à l'article 119 de la « Caroline[587] » a offert aux Jurisconsultes de l'époque la possibilité de déterminer trois différences essentielles entre le rapt et le viol pour distinguer ces deux crimes. D'abord, le premier se commet ordinaire avec le dessein d'épouser la personne enlevée contre le gré des parents, tandis que le viol n'a d'autre objet que la passion présente et la brutalité. Ensuite, le rapt est toujours un crime puni par la loi, alors même que la personne ravie a consenti à son enlèvement, contrairement au viol qui n'est réputé crime que parce qu'il y a eu de la violence de la part de l'homme, contre le gré, et par conséquent à l'injure de la personne violée. Enfin, la loi admet à la vérité la peine de mort contre l'un et l'autre de ces crimes, mais avec cette différence, que pour celui du rapt, elle prononce en plus la confiscation des biens.

Dans la Couronne de France, selon les coutumes les plus anciennes[588], le viol et le rapt de violence dépendaient de la justice seigneuriale et la peine applicable était arbitraire[589]. A partir du XVIe siècle, ces deux crimes devenant des cas royaux, leur répression s'est accrue[590]. Le viol et le rapt de violence ont été alors punis par la peine de mort. Cette peine résultait des coutumes plus tardives[591], et surtout de la Déclaration du 26 novembre 1639 qui enjoint avec

[587] Nom donné au à la Constitution criminelle de Charles-Quint, ou Code criminel de Charles V, dite aussi « La Caroline » ; amorcée à la Diète d'Augsbourg de 1530, elle fut achevée lors de la Diète de Ratisbonne de 1532. Publié en allemand en 1533, ce document le fut ensuite dans une traduction en français à l'usage des Conseils de guerre des troupes suisses. Ce monument législatif, qui touchait à la fois le droit pénal général, le droit pénal spécial et surtout la procédure pénale, était fort en avance sur son temps, du moins en Europe. Il a servi de droit criminel commun aux peuples germaniques pendant près de trois siècles.
[588] Notamment la Coutume de Toulouse de 1296.
[589] La peine infligée était la peine de mort ou la castration, puis les Seigneurs ont remplacé ces supplices par une peine pécuniaire.
[590] D. JOUSSE, *op. cit*., tome I, p. 193.
[591] Coutumes de Labourt, titre 19, art. 10 ; art. 623, titre 25 de la Coutume de Bretagne.

force les parquetiers de poursuivre les auteurs de rapt de violence. La Grande Ordonnance Criminelle de 1670 a, pour sa part, affirmé qu'il ne sera pas fait usage de lettres d'abolition pour le crime de rapt de violence. Les modalités d'application de la peine capitale infligée au coupable d'infraction sexuelle dépendaient des circonstances dans lesquelles le crime a été commis. Il apparaît même que le fait que les parents de la victime « cooptent le rapt » ne modifiait en rien la peine applicable[592].

« Les victimes impubères ». - Si les principales aggravations trouvaient leur origine dans la vertu de la victime[593], la nature des violences jouait également un rôle essentiel dans la répression du viol[594]. Après une étude des arrêts rendus par les Parlements de Provence, Muyart de Voulgans a relevé que constituait, en outre, une circonstance aggravante du viol, l'âge de la victime : « le viol des filles impubères devient aussi plus criminel et mérite la peine établie contre ceux qui usent de violence pour abuser des filles ou des femmes, mais encore une peine plus sévère, suivant les circonstances de l'âge[595] ». Selon les espèces rapportées, il semblerait toutefois, que pour subir une telle aggravation l'âge de la victime devait être peu élevé. Aussi, pour les filles de plus de 10 ans, la peine fut celle applicable lorsque les victimes étaient adultes. Jusqu'à la Révolution de 1789, il apparaît donc que seuls les viols commis sur de très jeunes victimes étaient plus sévèrement réprimés. Ce qui laisse penser que la protection des enfants, victimes d'infractions sexuelles, reste résolument une idée issue du Code pénal de 1810.

A coté du rapt de violence, à partir du XVIe siècle, a été créé l'incrimination de rapt de séduction[596]. D'origine prétorienne, le rapt de séduction a été consacré par l'ordonnance de Blois de mai 1579[597] qui l'a défini comme le crime sanctionnant le comportement de « ceux qui se trouveront avoir subordonné fils ou fille mineurs de vingt-cinq ans sous prétexte de mariage […] sans le gré et consentement exprès des pères, mères et tuteurs ». Ce comportement a été incriminé précisément pour mettre un terme à la pratique qui sévissait dans le Royaume

---

[592] MUYART de VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France…, op. cit.,* p.744.
[593] Le crime est moins grave lorsqu'il était commis sur la personne d'une prostituée ou d'une fille notoirement débauchée ; en revanche, il est aggravé lorsque la victime est une religieuse : *Id.*
[594] Notamment lorsque le viol est commis par l'usage d'une arme ou avec l'aide de tiers.
[595] MUYART de VOUGLANS *Les Loix criminelles de France…, op. cit.*, p.746., *cf*. également dans le même sens, D. JOUSSE, *op. cit*., tome III, p.746.
[596] D. JOUSSE, *op. cit*., tome III, p. 735.
[597] ISAMBERT*, op. cit*. , tome XIV, p. 380.

consistant pour les futurs époux à se choisir librement, alors que les usages séculiers donnaient aux parents le rôle d'imposer aux enfants leur conjoint. Contrairement au rapt de violence, dans le rapt de séduction, la contrainte est d'ordre morale. Aussi existait-il une présomption irréfragable de subordination, et non de violation du consentement, imputable à celui qui séduisait son compagnon[598]. Le fondement du rapt de séduction correspond donc plus à une atteinte à la subordination et à la déférence due au père de famille que véritablement à la violation du consentement de la victime.

En droit intermédiaire. - Le droit intermédiaire a poursuivi la répression dans un sens identique puisque le Code pénal de 1791 a continué de punir les mêmes faits. L'auteur d'un viol était frappé de six années de fer, la peine était portée à douze années lorsque la victime était âgée de moins de quatorze ans. Le rapt connaissait toutefois une nouvelle définition, pour devenir le fait d'avoir, par violence et à l'effet d'en abuser ou de la prostitution, enlevé une fille au-dessous de l'âge de quatorze ans[599].

2. Du Code pénal de 1810 à l'état actuel de la législation

Avec l'entrée en vigueur du Code pénal actuel, s'est opérée une modification terminologique en matière d'infractions sexuelles. La protection contre l'enfance abusée s'en trouve donc profondément transformée. Le terme d' « agression sexuelle » a remplacé celui considéré comme archaïque d' « attentat à la pudeur ». Selon un commentateur du Code pénal, « il y a dans ce changement de langage un reflet marqué de l'évolution de l' "outrage public à la pudeur" en "exhibition sexuelle". Notre nouveau Code est moins pudibond même s'il est plus sévère dans la répression des actes sexuels violents[600] ». En réalité, la question ne se porte plus sur le caractère pudique de notre société et de son droit. Par cette nouvelle vision des infractions sexuelles, c'est davantage un passage de la sphère publique à la sphère privée qui s'opère, et donc une immixtion saine dans ce qui peut être analysé comme la criminalité domestique.

[598] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit.*, n°181, p. 317.
[599] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, Tome IV, n°450.
[600] H. LECLERC, *Le nouveau Code pénal*, Paris, Seuil, 1994, p.138.

Depuis 1810, l'ancien Code pénal ne s'intéressait, en effet, plus qu'aux comportements sexuels de nature à troubler l'ordre public[601]. Le législateur considérait qu'il existait une unité cohérente dans tous les comportements répréhensifs d'ordre sexuel. C'est pourquoi, il a jugé nécessaire de les regrouper dans une section commune intitulée « *des attentats aux mœurs »* où l'on trouvait simultanément traitées toutes les infractions ayant un lieu avec le sexe, et ce, dans un grand désordre formel. On retrouvait ainsi, les actes par lesquels l'agent cherche à assouvir ses passions personnelles[602], ceux par lesquels il stimule les passions d'autrui comme le proxénétisme et enfin, « l'excitation de mineurs à la débauche pour laquelle la jurisprudence avait jugé que l'auteur des faits tombait sous le coup de la loi lorsque, tout en se comportant comme un agent intermédiaire de corruption qui concourait à la satisfaction des passions d'autrui[603], il avait en même temps agi pour satisfaire les siennes propres »[604].

Aujourd'hui, avant de protéger la pudeur publique, les infractions sexuelles du Code pénal punissent les actes commis à l'encontre d'un individu, considéré comme une victime et non comme un objet sur lequel s'est exercé l'acte prohibé. En envisageant l'évolution de la politique criminelle sous cet angle, il est permis de penser que la volonté du législateur a été de prendre en considération la victime en tant que donnée déterminante de la répression, et par là même de protéger plus efficacement le mineur des agressions pouvant survenir dans le milieu domestique.

Dans le Code pénal de 1992, les infractions à caractère sexuel figurent désormais au titre des infractions de nature corporelle contre les personnes, même si cette classification est inexacte, dans la mesure où plusieurs des comportements visés ne se traduisent pas par une atteinte corporelle, tels que l'exhibition et le harcèlement sexuels. Certains auteurs pensent que, dans cette conception du Code actuel, le législateur a voulu prendre « en compte avant toutes choses la victime ce qui est contraire au but du droit pénal qui n'est ni de protéger ni d'indemniser des victimes (objectifs éminemment louables mais qui relèvent de l'organisation et de la protection sociale ou du droit civil) mais de juger des délinquants »[605]. Au contraire,

---

[601] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit.,* t. II, 2e édition, 1956, art. 334, n° 305
[602] Viol, attentat à la pudeur, outrage public à la pudeur.
[603] Cf. les nombreuses décisions citées et l'analyse de A. VITU et R. MERLE, *Traité de droit criminel*. *Tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1940 à 1942 *;* Crim., 14 nov. 1990, *Dr. pén*. 1991, comm. 105.
[604] M-L RASSAT, *JCl pén*. *Code,* v° « Agressions sexuelles », *op. cit.,* n°2.
[605] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, *op. cit.*, n° 457.

cette conception actuelle des infractions sexuelles place la victime à un niveau central, non pas comme dans l'acception de la victime en tant que partie civile, mais en tant qu'«objet » du crime ou du délit. Cela traduit simplement le changement d'objet et le passage de la protection des mœurs à la protection des individus.

S'agissant particulièrement des mineurs victimes, l'ancien Code pénal comportait des infractions relatives aux crimes et délits contre l'enfant. Le mineur n'était protégeait que parce qu'il appartenait à une famille, dirigée à la fois par le *pater familias* et indirectement par l'Etat. C'est pourquoi, on retrouvait l'enfant visé comme victime notamment des infractions contre l'état civil, de délaissement, d'enlèvement, d'abandon de famille. Il s'agissait donc d'infractions contre la cellule familiale. En prévoyant un chapitre VII sur « *Les atteintes au mineur et à la famille »* le Code pénal a modifié profondément l'esprit des incriminations dont les mineurs pouvaient être victimes. Ce chapitre comporte, en effet, un grand nombre d'infractions dont le classement ne se justifie plus par l'esprit d'intégration familiale.

Cet état du droit rend compte d'un véritable désordre, puisque la minorité est souvent prise en compte tantôt comme élément constitutif, tantôt comme une circonstance aggravante des infractions contenues dans les autres livres ou chapitres, tantôt comme condition préalable des infractions qui la concernent. Les raisons exposées par le gouvernement lors de la discussion parlementaire seraient « que les faits susceptibles d'être commis à la fois contre des adultes et contre des mineurs figureraient en fonction de leur objet dans les autres parties du Code mais que les infractions qui ne peuvent être commises que contre les mineurs sont dans le chapitre propre à ceux-ci[606] ».

Afin de comprendre l'évolution législative relative aux infractions sexuelles et ainsi celles de la protection de l'enfance, seront envisagés d'une part les infractions emportant un contact physique avec le mineur (**a**) et d'autre part, celles qui ne supposent aucun contact avec la victime[607] (**b**).

[606] G. KIEJMAN, *JO Sénat CR 1991*, p. 737.
[607] Dichotomie inspirée par R. NERAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », in *Le mineur et le droit pénal*, Paris, Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 14 et s.

a. Les infractions sexuelles emportant un contact physique avec la victime

L'ancien Code pénal envisageait plusieurs infractions supposant un contact physique avec la victime : le viol, et l'attentat à la pudeur.

Le viol. - Le Code pénal de 1810 n'a pas défini le crime de viol, se contentant d'établir sa peine[608]. Si peu de commentateurs ont étudié l'esprit de ce texte, il est, toutefois, aisé de constater que le législateur a souhaité, en rédigeant un texte suffisamment large, faire du viol une incrimination à géométrie variable. En l'associant à l'attentat à la pudeur commis avec violence, l'article 331 a pris le parti de viser tout acte de nature sexuelle commis avec violence. Aussi n'était-il pas utile de définir le crime de viol, sauf à dire que le viol est constitué d'un acte de violence sexuelle proche de l'attentat à la pudeur avec violence sans pour autant revêtir les mêmes caractères. En d'autres termes, ce qui ne correspond pas aux éléments constitutifs des autres infractions sexuelles les plus graves serait caractéristique d'un viol.

Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 28 avril 1832[609] qui dissocie le viol de l'attentat à la pudeur avec violence, l'élément matériel du viol a été implicitement modifié. Garçon a dès lors déterminé le viol comme « l'acte par lequel un homme a des relations sexuelles avec une femme contre le gré de celle-ci »[610]. De façon plus restrictive, ce crime était matérialisé par la « conjonction sexuelle », autrement dit par l'introduction du membre viril de l'homme dans les organes sexuels de la femme. Selon les auteurs, il ne pourrait pas exister de viol commis par l'introduction d'objet autre que le pénis dans le sexe d'une femme, ou sur une personne du même sexe que l'auteur. L'infraction de viol ne pouvait ainsi être retenue lorsqu'un adulte abusait sexuellement d'un mineur de sexe masculin par un acte de sodomie ou de fellation, ou d'une mineure par l'introduction vaginal d'un élément autre que le membre viril[611].

---

[608] Art. 331 de la version originelle C. pén. 1810 : « Quiconque aura commis le crime de viol ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé, tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion ».
[609] Art. 332 Anc. C. pén. dans sa version postérieure à la loi du 28 avril 1832 : « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps ».
[610] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit.,* t. II, 2e édition, 1956, art. 331.
[611] Cass. crim. 23 décembre 1859, *D*. 1860, 5, 95.

Au-delà de l'élément matériel consistant en un coït hétérosexuel imposé par un homme, la jurisprudence a exigé que ces relations sexuelles soient commises avec contrainte physique[612] ou morale. A la notion de violence morale a été assimilé l'abus d'une femme endormie[613] ou démente. La doctrine a précisé d'une façon générale que le viol devait être entendu comme « le fait d'abuser d'une femme [*ou d'une fille*] sans la participation de sa volonté[614] ». Selon Garraud, la contrainte « a le caractère que comporte le sens originaire et primitif du mot viol ou violement[615] ». Après avoir admis la contrainte comme un élément essentiel du viol, la jurisprudence s'est interrogée sur la question de la menace. Rapidement, elle a pu recevoir ce procédé comme un élément alternatif aux contraintes jugeant que « la loi n'ayant pas défini le viol, il est difficile de croire qu'elle a entendu laisser sans répression la copulation charnelle obtenue au moyen de menaces graves, mais sans emploi d'aucune violence physique[616] ». Il est ainsi évident qu'en l'absence de définition de l'incrimination, la jurisprudence a dessiné de façon prétorienne les contours du viol en totale méprise du principe de légalité des délits et des peines.

Lorsque la victime n'a pas atteint l'âge de la majorité sexuelle, une aggravation était prévue au second alinéa de l'article 332[617]. En matière de viol, contrairement aux autres infractions sexuelles, l'âge de cette majorité a toujours été fixé à quinze ans. A ce sujet, Garraud affirme que « la violence peut être présumée ou inductive quand le sujet passif de l'attentat est, par lui-même, incapable de consentir, soit à raison de son âge, soit à raison de son état physique ». Or, Garçon s'oppose avec ferveur à cette position. Selon lui, « les violences constitutives du crime de viol doivent consister en violences physiques : la violence morale résultant de certaines qualités dans la personne de l'agent et qui peut ainsi venir s'y joindre, n'en serait qu'une circonstance aggravante ». Pour continuer de citer l'auteur, « l'aggravation pénale n'est encourue qu'autant qu'il est d'abord constaté qu'un viol a été commis dans les conditions substantielles […] notamment que s'il y a eu acte de violences[618] ». Sous l'empire de

[612] Qui ne se manifeste pas nécessairement par des coups et blessures – Crim. 27 juillet 1820, cité par E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit*., art. 332, n°40.
[613] Cass. crim. 25 juin 1857, *S*. 1857, 1, 711, *D*. 1857, 1, 316.
[614] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, tome IV, 3ème édition, 1922, n°454, note 7.
[615] *Id.*
[616] *Id.*
[617] Originellement au second alinéa de l'art. 331.
[618] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit*., art. 332, n°76.

l'ancien Code pénal, existait donc déjà les premiers conflits doctrinaux qui vont être aujourd'hui repris pour la question de la définition de la contrainte présumée et partant de l'infraction autonome d'inceste.

Le viol et d'une manière générale les infractions à caractère sexuel, n'ont subi quasiment aucun aménagement jusqu'à la loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs[619]. La loi de 1980 a souhaité élargir le domaine du viol[620] d'une part en ce qui concerne la nature de l'acte matériel de pénétration[621] et d'autre part en supprimant toute discrimination fondée sur le sexe des auteurs potentiels de l'infraction. Enfin, cette loi a consacré la jurisprudence selon laquelle l'acte matériel doit être commis sans le consentement de la victime.

Lors des débats parlementaires, il avait été souhaité d'incriminer au nouvel article 332 du Code pénal « tout acte sexuel de quelque nature imposé à autrui... »[622]. Cependant une telle rédaction n'a pas été retenue afin d'éviter que ne disparaisse au profit de la qualification de viol toute autre infraction de nature sexuelle et notamment l'attentat à la pudeur[623]. C'est ainsi que le viol a été finalement défini comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui... », Définition reprise *in extenso* par le nouveau Code à l'article 222-23[624].

Suite à l'intervention du législateur, il convient désormais de considérer que l'élément matériel du viol est réalisé par tout acte de pénétration dans le corps de la victime. Entre donc dans la définition du viol, l'introduction dans le vagin de la femme victime du doigt, d'un bâton ou d'un objet quelconque[625]. Aux termes de cette nouvelle définition, l'auteur des faits peut être un homme ou une femme, la victime ne pouvant être qu'une femme[626].

---

[619] *Cf.* sur ce thème : L.-M. NIVOSE, « Des atteintes aux moeurs et à la pudeur aux agressions sexuelles », *Dr. pén.,* 1995, chron. 27 ; D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », *D*. 1981, chron. p. 283.
[620] Cass. crim. 2 juin 1981, *Bull. crim.,* n° 184.
[621] Cass. crim. 20 janvier 1982, *Bull. crim*., n° 23.
[622] Texte adopté en première lecture au Sénat.
[623] M.-L. RASSAT, *Juris Cl. Pén.*, v° « Agressions sexuelles », *op. cit*., p. 11, n° 22.
[624] « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol ».
[625] Notamment Cass. crim. 5 septembre 1990, *Bull. crim*., n° 313, *D.* 1991.13 note Angevin *;* il est, toutefois, contestable de n'avoir qualifié que d'attentat à la pudeur accompagné d'actes de torture et de barbarie l'attitude du

Si le coït buccal imposé à la victime sur la personne de l'auteur constitue indéniablement un viol[627], la jurisprudence a, toutefois, été réticente s'agissant d'un acte commis sur la personne de la victime. Aussi la Chambre criminelle a d'abord jugé que des rapports sexuels imposés par une belle-mère à son beau-fils ne constituaient pas un viol. Au visa notamment de l'article 111-4 du Code pénal actuel sur l'interprétation stricte de la loi pénale, la Haute juridiction énonce que « l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime »[628].

Il y a également viol par l'introduction d'objets quelconques dans l'anus de la victime[629]. Le sexe des protagonistes, auteur et victime, est, dans cette hypothèse, indifférent[630]. L'absence de consentement jugée nécessaire par la jurisprudence, pour caractériser le crime de viol est consacrée par la nouvelle définition de l'incrimination, le viol devant être commis par violence, contrainte, ou surprise.

Il est, néanmoins, regrettable que le législateur ait profité de la loi du 23 décembre 1980 pour réduire les peines applicables aux auteurs de viol. En effet, alors qu'antérieurement à la loi de 1980, l'auteur d'un viol était puni d'une peine de réclusion de dix à vingt ans, il n'encourt plus qu'un enfermement de cinq à dix ans. Toutefois, la peine applicable lorsque la victime est un mineur de quinze ans n'est pas réellement modifiée, dans la mesure où avant la loi de 1980, l'auteur devait « subir le maximum de la peine de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans » tandis que postérieurement à cette loi, la peine est aggravée à un temps de réclusion compris lui aussi entre dix et vingt ans.

Aujourd'hui, la définition du viol à l'article 222-23 du Code pénal actuel reprend celle instaurée par la loi du 23 décembre 1980 et inscrite à l'article 332 de l'ancien Code pénal. Le législateur

---

mari qui contraint sa femme à tenter d'avoir des rapports sexuels avec un chien (CA Douai, 10 oct. 1991 : *Rev. sc. crim*. 1992, p. 69, obs. A. Vitu), dans la mesure où le sexe du chien est manifestement un objet que l'on tente d'introduire ce qui caractérise bien le viol ou sa tentative.

[626] Cass. crim. 4 janvier 1985, *Bull. crim*., n°10, *Gaz. Pal*. 1986. 1 . 19 ; Cass. crim. 24 juin 1987, *Bull. crim*., n°265, *Rev. sc. Crim*. 1992, 755 obs. LEVASSEUR.

[627] Cass. crim. 22 février 1984, *Bull. crim*., n° 71

[628] Cass. crim 21 octobre 1998, *Bull. crim*., n° 274, D. 1998, juris. p. 75, note Y. MAYAUD ; JCP G 1999, I, 112, n° 4, obs. M. VERON ; Cass Crim. 22 aout 2001, *Bull. crim*., n° 169, *D*. 2001, IR. p. 2943.

[629] Cass. crim. 27 avril 1994, *Bull. crim.*, n°157.

[630] Cass. crim 27 avril 1994, *Bull. crim*., n° 157, pour une femme sur une jeune fille.

a, toutefois, cru devoir ajouter les menaces[631] aux violences, contraintes ou surprises. Un nouveau moyen de pression susceptible d'être exercé sur la victime voyait ainsi le jour, pour rendre plus opérante la répression. En adjoignant les menaces aux autres moyens de déterminer l'absence de consentement de la victime, le Code pénal s'est voulu plus répressif, pour offrir aux parquets un champ d'action plus large afin de renvoyer les auteurs de viol devant les cours d'assises. Quant à la peine applicable à l'auteur d'un viol, celle-ci a été fixée à quinze ans de réclusion, alors que l'ancien Code prévoyait la même peine, mais pour une durée de cinq à dix ans.

Lorsque la victime est un mineur de quinze ans, la peine est portée à vingt ans de réclusion. Contrairement au système d'aggravation issu de la loi du 28 avril 1832[632], depuis la loi de 1980[633], la victime mineure de quinze ans ne possède plus un régime juridique protecteur distinct. L'aggravation de la peine de l'auteur d'un viol commis sur un mineur, mais s'inscrit dans une tendance consistant à protéger d'une façon plus large les plus vulnérables. Cette position est partagée par d'autres auteurs : « par l'adoption de cette cause d'aggravation le législateur a, sans aucun doute, manifesté sa volonté de protéger plus spécialement les personnes considérées comme vulnérables, hors d'état de se protéger elles-mêmes […] la même aggravation est encourue lorsque la victime du viol est une personne dont la particulière vulnérabilité due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur[634] ».

---

[631] Il convient, toutefois, d'indiquer que depuis un arrêt du 27 juin 1857, la Cour de cassation tend à assimiler menace et violence physique *(*E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit.,* art. 331 à 333, n° 29 ; GARRAUD*, Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.,* t. V, p. 2085 ; *A.* CHAUVEAU et F. HELIE*, op. cit.,* t. IV, p. 1583). Par la suite, la jurisprudence a continué d'admettre que certaines menaces pouvaient être assimilées à des violences : la menace d'envoyer à des parents de mineurs des films pornographiques truqués où ils apparaîtraient *(*CA Pau, 26 juin 1990*, Juris-Data n° 1990-043932)* ou celle de leur révéler des comportements qu'ils n'apprécieraient pas *(*CA Versailles, 6 juin 1996*, Juris-Data n° 1996-043805 ;* CA Aix-en-Provence, 16 sept. 1998*, Juris-Data n° 1998-045869)*

[632] Art. 332 alinéa 2 (issu de la L.28 avril 1832) : « Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira le maximum de la peine de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans ».

[633] Art. 332 alinéa 3 (issu de la L.23 décembre 1980) : « Toutefois, le viol sera puni de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans lorsqu'il aura été commis soit sur une personne particulièrement vulnérable en raison d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale, soit sur un mineur de quinze ans, soit sous la menace d'une arme, soit par deux ou plusieurs auteurs ou complices, soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la victime ou par une personne ayant autorité sur elle ou encore par une personne qui a abusé de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

[634] R. NERAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *op. cit*., p.20.

Actuellement, l'article 222-24 du Code pénal intègre la vulnérabilité des mineurs de quinze ans dans une liste de plus en plus longue. A ce titre, la réflexion abordée à propos des violences sur les mineurs peut être reprise. Il existe, en effet, une propension à accroître l'aggravation des peines pour les auteurs d'infractions, lorsque celles-ci sont commises sur la personne d'une victime qui mérite, aux yeux du législateur, d'être protégée. Le viol ne fait pas exception à cette tendance[635]. Ainsi, l'intégrité sexuelle d'un mineur auquel un pédophile porte atteinte se trouve donc protégée au même titre que celle d'un homosexuel ou d'une femme victime de son employeur. Les intérêts des mineurs[636] étaient autrefois spécialement défendus compte tenu de la particularité de l'acte sexuel qualifié par les criminologues de pédophilie. Aujourd'hui, l'acte sexuel commis par un adulte sur un mineur ne semble plus singulier. Commettre un acte de pénétration sexuelle non consenti sur la personne d'une femme ou d'un homme est assimilé au même acte commis sur un mineur.

Cette tendance se retrouve également dans la création d'autres aggravations fondées sur les conséquences et les circonstances du viol, lorsque le viol a entraîné la mort de la victime[637], lorsqu'il est précédé, accompagné ou suivi de tortures ou d'actes de barbarie[638], ou encore

---

[635] Art. 222-24 C. pén. : « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle :
1° Lorsqu'il a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ;
2° Lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans ;
3° Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur ;
4° Lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;
5° Lorsqu'il est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;
6° Lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;
7° Lorsqu'il est commis avec usage ou menace d'une arme ;
8° Lorsque la victime a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique ;
9° Lorsqu'il a été commis à raison de l'orientation ou identité sexuelle de la victime ;
10° Lorsqu'il est commis en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes ;
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 ;
12° Lorsqu'il est commis par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants ;
13° Lorsqu'il est commis, dans l'exercice de cette activité, sur une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle.

[636] Ou plutôt des enfants, selon les termes de l'art. 332 Anc. C. pén. (loi du 28 avril 1832).

[637] Art. 222-25 C. pén. : « Le viol est puni de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'il a entraîné la mort de la victime.
Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article ».

[638] Art. 222-26 C. pén. : « Le viol est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est précédé, accompagné ou suivi de tortures ou d'actes de barbarie.

dans les circonstances fondées sur la qualité de l'auteur ou sur leur nombre. Dans ces hypothèses, le jeune âge de la victime importe peu. Ainsi, le mineur n'est pas mieux protégé que l'adulte victime des mêmes actes. Toutefois, s'agissant du viol ayant entraîné la mort, une qualification plus sévère peut être retenue. L'article 221-3 alinéa 2[639] du Code pénal dispose que le meurtre est aggravé lorsque à la fois il précède, accompagne ou suit un autre crime et commis sur la personne d'un mineur. Il convient simplement d'espérer que les magistrats considèrent en la matière que le meurtre était la finalité de l'acte entrepris par l'auteur et non une simple conséquence fortuite du viol. S'ils devaient estimer que la mort de la victime mineure n'était que la conséquence d'une agression sexuelle à laquelle elle n'a pu survivre, les juges devront inéluctablement retenir la culpabilité de l'auteur sur le fondement de l'article 222-25 du Code pénal et le condamner à une peine qui ne pourra excéder trente ans de réclusion. En revanche, si la mort de la victime est jugée comme la conséquence de la volonté de l'auteur – *animus necandi* – et le viol comme une composante du rituel morbide, dans ce cas le coupable encourra la peine prévue par l'article 221-3 du Code pénal, à savoir la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de trente ans. Dans cette seconde hypothèse uniquement, l'intégrité du mineur fait l'objet d'une meilleure protection que celle de l'adulte.

De ce constat résulte un régime actuel très insatisfaisant des circonstances aggravantes applicable aux auteurs de viol sur mineur de quinze ans. Il conviendrait donc d'établir un système plus protecteur du jeune âge de la victime, en plaçant la minorité de quinze ans au centre de l'incrimination en tant qu'élément constitutif tout en prévoyant une répression plus accrue. Ceci offrirait l'opportunité d'aggraver le sort de l'auteur dans les mêmes circonstances que celles des majeurs, en appliquant néanmoins une peine plus importante.

Des attentats à la pudeur aux agressions et atteintes sexuelles. - A l'instar du viol, le Code pénal de 1810 n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par l'expression « attentat à la pudeur ». C'est ainsi que la doctrine suivie par la jurisprudence a tenté d'en déterminer les contours :

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article ».

[639] Art. 221-3 al. 2 C. pén. : « Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article. Toutefois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, la cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné ; en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce.»

« l'attentat à la pudeur est un acte exercé directement sur une personne et de nature à porter atteinte à sa pudeur, sans qu'il y ait à distinguer s'il est commis publiquement ou non[640]. » Contrairement au viol, l'attentat à la pudeur n'a pas pour but de procurer à son auteur « une conjonction illicite [641]».

Assimilé au viol quant à sa répression par le Code pénal de 1810, l'attentat à la pudeur n'était, à cette période, incriminé que dans l'hypothèse d'une commission avec violence[642]. La loi du 28 avril 1832 est intervenue sur l'infraction en opérant deux modifications. Elle a, d'une part, protégé pour la première fois certaines victimes contre l'attentat à la pudeur commis en l'absence de violence et d'autre part, mis fin à l'assimilation qui existait antérieurement entre l'attentat à la pudeur commis avec violence et le viol. L'article 331 du Code a donc été exclusivement consacré à l'attentat à la pudeur commis sans violence[643]. Quant aux crimes de viol et d'attentat violent à la pudeur, le nouvel article 332 a établi des pénalités inégales plus en adéquation avec la gravité respective de chacune des infractions[644]. Dès lors il coexiste en 1832 deux types d'attentats à la pudeur selon qu'il est commis avec ou sans violence.

Selon la jurisprudence, l'attentat à la pudeur commis avec violence se caractérise par la réunion de deux éléments déterminants : l'existence d'un attentat à la pudeur et des actes de violence illicites et intentionnels.

La première de ces conditions est constituée par « tout acte exercé directement sur une personne déterminée dans le but de blesser sa pudeur, et qui est de nature à produire ce résultat. Il constitue un véritable attentat en ce qu'il implique le défaut de consentement de la

---

[640] F. GOYET, M. ROUSSELET et M. PATIN, *Précis de droit pénal spécial*, Paris, Sirey, 1950, p. 306, n°475.
[641] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, n°457.
[642] Art. 331 C. pén. 1810 : « Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion ».
[643] Art. 331 al. 1er dans sa version issue de la loi du 28 avril 1832 : « Tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un mineur de moins de onze ans sera puni de la réclusion ».
[644] Art. 332 dans sa version issue de la loi du 28 avril 1832 : « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps.
Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira le maximum de la peine de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans.
Quiconque aura commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou l'autre sexe, sera puni de la réclusion.
Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps ».

personne qui en est l'objet » défaut de consentement qui peut être lié à l'âge de la victime et à la qualité de l'auteur[645]. Selon le docteur Rousselet, le terme « attentat » implique une action immédiate sur la victime, dans le cas contraire il n'y aurait qu'un outrage à la pudeur[646]. Toutefois, cet acte peut être accompli par la victime sur la personne de l'auteur[647]. En n'exigeant pas que l'attentat ait pour objet la personne même de la victime, la loi vise un acte de nature à altérer son innocence[648]. Les articles 331 et 332 visant l'attentat « consommé ou tenté », tout acte ayant le caractère d'un commencement d'exécution est nécessairement lui-même constitutif d'un attentat. Ainsi dès qu'un acte impudique est accompli sur une personne, qu'elle qu'en soit la gravité, l'attentat est réputé être consommé[649].

Le second élément est constitué par des actes de violences physiques. La violence morale n'est que rarement admise même lorsqu'elle résulte du jeune âge de la victime et quand l'auteur est un ascendant de sa minorité. A la lecture de la jurisprudence, cette violence morale était toute relative dans la mesure où elle devait être accompagnée de circonstances révélatrices de la volonté de son auteur de commettre un acte violent. La Chambre criminelle a ainsi admis qu'il y avait attentat violent à la pudeur dans le fait pour un individu d'avoir saisi une fille par le corps pour l'entraîner dans un bois, de lui avoir fait des propositions déshonnêtes et surtout d'avoir relever ses vêtements tout en l'empêchant de crier[650]. Dès lors qu'un enfant n'avait opposé aucune résistance ou avait donné son consentement, le fait dont il a été victime restait sans répression. En réaction, certaines cours ont tenté, avec difficulté, de faire entrer sous le coup de la loi pénale les actes de violences exclusivement morales[651]. C'est dans ces circonstances que la loi du 28 avril 1832 a introduit dans le Code pénal l'attentat à la pudeur commis sans violence[652].

---

[645] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 331, n° 6.
[646] M. ROUSSELET et M. PATIN, *Précis de droit pénal spécial*, *op. cit*., p. 306, n° 476.
[647] Cass. crim. 24 juillet 1874, *S.* 1874. 1. 408, *D.* 1875. 5. 37 : l'auteur se fait toucher les organes sexuels par un mineur de moins de quinze ans.
[648] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit*., n°462.
[649] M. ROUSSELET et M. PATIN, *Précis de droit pénal spécial*, p. 307, n°476.
[650] Cass. crim. 5 septembre 1828, cité par E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 332, n° 103.
[651] *Cf* la réaction de la Cour de cassation : Crim. 28 octobre 1828, *S*. 1831. 1. 352.
[652] A. CHAUVEAU, *op. cit.,* p. 290.

L'attentat violent à la pudeur est aggravé par l'application d'une peine de travaux forcés à perpétuité, lorsqu'au moment des faits, la victime est âgée de moins de quinze ans[653]. Il est également aggravé si l'auteur est de la classe de ceux qui ont autorité sur la victime au sens de l'article 333 du Code pénal[654]. De la même façon, la peine est accrue si l'acte est commis en réunion. Dans les réformes de 1832 et de 1863, l'aggravation sera identique en cette matière.

L'attentat à la pudeur sans violence réprime, quant à lui, les actes impudiques[655] commis sur un mineur d'un âge déterminé ou par un ascendant sur un mineur de vingt et un ans[656]. L'âge minimum en dessous duquel le défaut de consentement est présumé, a évolué tout au long du XIXe siècle. La loi du 28 avril 1832 a fixé cet âge à onze ans, celle du 13 mai 1863 à treize ans et enfin l'ordonnance du 2 juillet 1945 l'a porté à quinze ans. Pour Garraud, il existerait en 1863 deux incriminations distinctes selon que la victime a moins de treize ans ou qu'elle a subi des actes par un ascendant alors qu'elle a moins de vingt et un ans[657].

L'objectif de l'article 331 de l'ancien Code pénal[658] est, d'abord, d'établir un âge en dessous duquel la violence est toujours présumée. Déjà en 1832, le législateur s'est interrogé sur le point de savoir si cet âge devait être fixé à quinze ans, car une proposition largement écartée avait été faite dans ce sens[659]. La doctrine de l'époque a réagi : « il est difficile de croire qu'un enfant de treize à quinze ans soit, à raison de son âge, considéré comme capable de se soustraire à la séduction et à même d'apprécier toute l'immoralité de l'action à laquelle on lui propose de se soumettre ou de se prêter. La fille qui n'est pas encore apte au mariage devrait être regardée par le législateur comme ne pouvant disposer de sa personne ». Ainsi, « on rétablirait, entre l'article 144 du Code civil[660] et l'article 331 du Code pénal, une harmonie qui nous paraît nécessaire[661] ». Partant, l'âge de la victime est un élément constitutif de

---

[653] Cass. crim. 18 mai 1854, *S*. 1854. 1. 577.
[654] Art. 333 dans sa version de 1810 : « La peine sera celle des travaux forcés à perpétuité, si les coupables sont de la classe de ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou s'ils sont fonctionnaires publics, ministres du culte, ou si le coupable a été aidé par une ou plusieurs personnes ».
[655] L'appréciation des actes impudiques est la même que celle de l'attentat à la pudeur commis avec violence.
[656] Disposition insérée par la L.13 mai 1863.
[657] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, n°460.
[658] Dans sa rédaction postérieure à la loi du 28 avril 1832.
[659] A. CHAUVEAU, *op. cit.,* p. 291.
[660] Art. 144 C. civ. de 1804 à 2006 : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».
[661] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, n°463.

l'infraction d'attentat à la pudeur sans violence et non une circonstance aggravante comme en matière d'attentat violent à la pudeur.

La seconde hypothèse d'attentat à la pudeur commis sans violence vise à partir de 1863, « l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgée de plus de treize ans, mais non émancipé par le mariage ». Pour justifier cette réforme, la commission du Corps législatif faisait observer que « s'il est permis de supposer une volonté intelligente chez un enfant de plus de treize ans, cette volonté libre n'est plus certaine si la sollicitation lui arrive d'un de ses ascendants, c'est-à-dire d'une personne qui exerce sur lui une autorité naturelle. Qu'un père soit assez dégradé pour attenter lui-même à la vertu de sa fille, il commet à la fois une immoralité révoltante et un acte digne d'une punition salutaire tant qu'il est permis de supposer que l'autorité et l'état de dépendance sont venus en aide à ses mauvais desseins[662] ». Il convient de préciser que le terme « ascendant » semble avoir ici un sens limitatif, pour ne s'appliquer qu'aux père et mère et exclure les beaux-pères[663].

Ceci traduit l'absence de prise en considération, à cette période, du milieu domestique en tant que lieu de perpétration des crimes les plus abominables et indicibles. Le législateur n'a ainsi pas jugé opportun de viser dans cette disposition l'ensemble des personnes ayant autorité sur la victime et par là même d'y inclure le nouveau mari de la mère, quand la victime a entre treize et vingt et un ans.

Les études des médecins légistes sont pourtant révélatrices du phénomène des infractions sexuelles commises sur les jeunes mineurs dans le milieu domestique. Elles indiquent que les crimes contre les mœurs sont plus fréquemment commis sur les enfants dans les villes et sur les adultes dans les campagnes[664]. Elles précisent encore que sur 632 viols ou attentats à la pudeur, 525 sont commis sur des enfants de moins de quinze ans, dont 435 sur des mineurs de treize ans. A Lyon, il est constaté que 4 victimes sur 5 ont moins de treize ans. Certains médecins ont tenté d'établir la nature du lien unissant l'auteur à sa victime : sur 134 auteurs

[662] Citée par *Ibid*, n°464.
[663] Cass. crim. 17 mars 1881, *S*. 1882. 1. 486 ; *D*. 1881. 1. 277.
[664] L.H. THOINOT et E.P. DUPRE, *Attentats aux mœurs et perversions du sens génital*, Paris, Octave Doin, 1898, p.11.

d'attentat à la pudeur, on rencontre 17 fois le père, deux fois le beau-père, deux fois l'oncle, une fois le cousin germain[665].

L'attentat à la pudeur sans violence était néanmoins aggravé par la qualité de l'auteur lorsque celui relevait de la catégorie de ceux qui ont autorité au sens de l'article 333 de l'ancien Code pénal. Cette aggravation a permis de porter la peine de la réclusion aux travaux forcés à temps.

Sous l'empire du Code pénal actuel, les infractions sexuelles autres que le viol emportant un contact physique avec la victime sont envisagées sous l'angle de deux classes d'infractions : les agressions sexuelles et les atteintes sexuelles. Le terme générique d'agression sexuelle suppose une atteinte commise avec violence, contrainte, menace ou surprise[666]. Il est à différencier des « simples » atteintes sexuelles qui se réalisent en l'absence de toute violence. Aussi, le législateur de 1992 a repris la distinction traditionnelle voire historique[667] des infractions sexuelles commises avec et sans violence. Le critère essentiel de différenciation au sein des infractions constituées par la commission d'un acte impudique, est donc l'absence ou non de consentement, ou plutôt la possibilité par l'accusation de rapporter la preuve d'un défaut de consentement.

Prévues à l'article 222-27[668] du Code pénal et aggravées pour les mineurs à l'article 222-29[669], les agressions sexuelles autres que le viol correspondent aux attentats à la pudeur incriminés sous l'empire de l'ancien Code pénal. Elles supposent l'absence de consentement de la victime. Pas davantage définies que l'attentat à la pudeur, les agressions sexuelles autres que

---

[665] H. LEGLUDIC, *Notes et Observations de médecine légale, les attentats aux mœurs*, Paris, Masson, 1898, p. 126.

[666] « Violence, contrainte ou surprise » depuis la loi du 23 décembre 1980, puis « violence, contrainte, surprise ou menace » depuis l'entrée en vigueur du C. pén. actuel.

[667] Voire les infractions de rapt de séduction, puis attentat à la pudeur sans violence.

[668] Art. 222-27 : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

[669] Art. 222-29 C. pén. : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées :

1º A un mineur de quinze ans ;

2º A une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ».

le viol ne peuvent être caractérisées que négativement par rapport au viol. Aussi, il s'agit de tout acte impudique, autre qu'une pénétration, exercé directement sur la personne d'autrui[670].

Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal actuel, la jurisprudence a continué à faire application du régime de l'attentat à la pudeur. Les agressions sexuelles sont donc caractérisées aussi bien lorsque les actes impudiques ont été commis sur le mineur que lorsque le mineur est contraint de pratiquer lui-même sur son agresseur des actes de lubricité[671]. Même si l'intention du législateur était de favoriser la répression des actes commis à l'encontre des mineurs, le Code pénal de 1992 a diminué la peine privative de liberté des auteurs d'agressions sexuelles autre que le viol, commises sur un mineur. En effet, sous l'empire de l'ancien Code, l'alinéa 2 de l'article 331[672] prévoyait une peine maximum de dix ans d'emprisonnement alors que l'article 222-29 du Code pénal de 1994 sanctionnait à l'origine l'auteur d'agressions sexuelles sur mineur d'un emprisonnement de sept ans. En contrepartie, la peine d'amende a été augmentée par les nouveaux textes, passant d'un maximum 120.000 francs à 100.000 euros[673]. Toutefois, il peut être objecté qu'en vertu de l'article 131-3 du Code pénal, l'amende est une peine plus douce que l'emprisonnement. Autrement dit, c'est la diminution de la peine privative de liberté qui caractérise, en la matière, un adoucissement du régime répressif[674]. La loi du 5 aout 2013 viendra rétablir une peine de dix ans d'emprisonnement.

Lors de l'entré en vigueur du Code pénal actuel, contrairement aux atteintes sexuelles pour lesquelles l'âge de la victime est un élément constitutif, l'état de minorité est, en matière d'agressions sexuelles, une circonstance aggravante, au même titre que l'ensemble des

---

[670] Cass. crim. 31 mai 2000, *Bull. crim*. n°208.
[671] *Cf*. notamment CA Douai 14 juin 1995, *Gaz. Pal*. 1995, II, Somm. 565.
[672] Art. 331 Anc. C. pén. dans sa version issue de la loi du 23 décembre 1980 : « Tout attentat à la pudeur commis ou tenté sans violence ni contrainte ni surprise sur la personne d'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans et d'une amende de 6.000 F à 60.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.
Toutefois, l'attentat à la pudeur sur la personne d'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de cinq ans à dix ans et d'une amende de 12.000 F à 120.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement lorsqu'il aura été commis ou tenté soit avec violence, contrainte ou surprise, soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la victime ou par une personne ayant autorité sur elle, soit par deux ou plusieurs auteurs ou complices, soit encore par une personne qui a abusé de l'autorité que lui confèrent ses fonctions »
[673] 700.000 francs avant le passage à l'euro.
[674] R. NERAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *op. cit*., p.23.

circonstances tenant à la particulière vulnérabilité de la victime[675]. Le lien de parenté ou d'autorité unissant la victime à l'auteur constitue également une circonstance aggravante des agressions sexuelles[676], plus sévèrement réprimée que la circonstance tenant à l'âge de la victime[677]. Cette circonstance liée à l'autorité ne se cumule cependant pas avec l'état de minorité de la victime. Dans de telles conditions, une victime adulte ou mineure de quinze ans subissant une agression sexuelle commise par un ascendant ou tout autre personne ayant sur elle autorité, est davantage protégée qu'un mineur de quinze ans qui serait la victime d'un tiers.

En tout état de cause, le législateur a pris le parti de protéger plus strictement le lien de parenté, voire de domesticité[678] que l'état de vulnérabilité du fait de l'âge de la victime. Cet état de la législation n'est évidemment pas totalement satisfaisant si l'on se place dans la perspective de créer un véritable régime de protection des victimes d'actes de pédophilie domestiques, actes qui correspondent à un nombre considérable d'infractions révélées. Il conviendrait donc de prévoir un système répressif qui mêle à la fois l'âge de la victime et le lien de proximité de l'auteur, à l'instar de celui réglementant les atteintes sexuelles sur mineur. La solution serait donc de placer la minorité de quinze ans de la victime au centre de toutes les infractions sexuelles pour l'instituer en élément constitutif, afin, ensuite, de l'aggraver par la circonstance tenant au lien de proximité entre l'auteur et sa victime.

Les atteintes sexuelles sont constituées en l'absence de toute violence, menace, contrainte ou surprise, c'est-à-dire sans qu'il soit utile ou surtout possible d'apporter la preuve d'un défaut de consentement de la victime. L'élément matériel de ce délit est le même que pour celui d'agressions sexuelles autre que le viol, il peut donc s'agir de tout acte impudique commis sur la personne d'autrui. Toutefois, dans la mesure où pour ce type d'infraction, l'absence de consentement est une condition essentielle et les infractions à caractère sexuel étant régies

---

[675] La loi du 13 aout 2013 a dissocié l'aggravation liée à l'âge de l'état de vulnérabilité en créant un art. 222-29-1 : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende lorsqu'elles sont imposées à un mineur de quinze ans. »

[676] Art. 222-30 C. pén. : « L'infraction définie à l'art. 222-29 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende :

1º (…)

2º Lorsqu'elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime (…) ».

[677] Dix ans d'emprisonnement contre sept ans, lorsque la victime est un mineur de quinze ans.

[678] *Cf*. les développements relatifs aux auteurs ayant sur la victime une autorité de fait.

par le principe de liberté, l'infraction d'atteinte sexuelle ne peut évidemment pas être appliquée à la personne d'un adulte. En effet, le législateur « considérant que toute personne est libre du choix de sa moralité sexuelle estime qu'un acte impudique perpétré volontairement par les deux partenaires n'est condamnable dès lors qu'il est imposé à la vue d'autrui[679] ». Aussi pèse-t-il sur la personne de l'adulte, une présomption irréfragable de consentement dès lors qu'il n'est relevé aucune violence, menace, contrainte ou surprise. En conséquence, l'atteinte sexuelle ne peut être qu'une infraction dont la victime est mineure. Mais dans ce domaine, la question s'est posée de savoir à partir de quel âge le mineur a le choix de consentir à avoir des relations intimes avec un adulte. Selon certains auteurs, le délit d'atteinte sexuelle doit sanctionner le comportement d'un individu qui abuse de l'immaturité de la victime, pour qui les actes impudiques ne sont qu'apparemment acceptés[680]. En réalité, il convient de fixer l'âge de la victime à un moment où il est indéniable qu'elle n'a pu oser ou avoir la force morale de repousser les avances de nature sexuelle. Ainsi, l'article 227-25 du Code pénal a défini ce délit comme « le fait par un majeur d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans ».

Comme le laisse entrevoir sa numérotation, cette nouvelle disposition est insérée dans le chapitre du Code pénal relatif aux « atteintes aux mineurs et à la famille ». L'atteinte sexuelle est de ce fait une infraction spécifique aux mineurs et non, à l'instar du viol et des agressions sexuelles commis sur mineur, une infraction générale aggravée. L'article 227-25 du Code pénal constitue une mesure particulière de protection des mineurs, dans ce sens où l'âge de la victime n'est pas envisagé comme une aggravation, mais comme un élément constitutif de l'infraction.

L'une des innovations du texte de 1992 tient dans la restriction du domaine d'application de l'atteinte sexuelle par rapport à l'attentat à la pudeur sans violence. L'ancien Code pénal ne comportait aucune limitation concernant l'âge de l'auteur. Or, l'article 227-25 du Code pénal actuel vise à réprimer des actes qui ne peuvent être commis que par une personne majeure. C'est pour cette raison que la Cour de cassation a décidé que le texte nouveau était moins sévère que le précédent, ce qui implique par voie de conséquence que l'article 227-25 est

[679] R. NERAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *op. cit*., p.24.
[680] J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit*., n° 715.

moins protecteur que l'article 331 alinéa 1[681]. En pratique, il semble néanmoins que sous l'empire de l'ancien Code, peu de condamnations sont intervenues mettant en cause des auteurs mineurs de dix-huit ans. Si la protection affirmée par le Code pénal actuel paraît connaître des limites en ce qu'il ne vise que l'acte commis par un majeur, les juges du fond ont pallié cette insuffisance. Ils ont, en effet, considéré dans certaines hypothèses que le mineur, auteur d'infractions sexuelles autre que le viol avait agi à l'aide de la contrainte ou de la surprise. Ce biais a été consacré par la jurisprudence de la chambre criminelle[682].

L'infraction prévue et réprimée à l'article 227-25 du Code pénal est aujourd'hui aggravée à l'article 227-26, lorsqu'elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime, par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; lorsqu'elle s'accompagne du versement d'une rémunération ; lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunication et enfin lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants.

Cette aggravation a connu une nette évolution depuis l'entrée en vigueur du Code pénal actuel. En 1992, l'infraction aggravée portait la peine à cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 francs d'amende et n'envisageait que les trois premières causes d'aggravation. Par la loi n° 95-116 du 4 février 1995, la peine est passée à dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 francs d'amende. La loi n°98-468 du 17 juin 1998 a ajouté une cause d'aggravation supplémentaire en visant l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunication. Enfin, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 a étendu les dispositions de l'article 227-26 du Code pénal à l'hypothèse d'une commission par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits

[681] Cass. crim. 15 mars 1995, *Bull. crim*., n° 106.

[682] Cass. crim. 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n°326 : « Attendu qu'Emmanuel X... est poursuivi pour avoir, entre le mois de janvier 2000 et le 22 juillet 2002, commis des atteintes sexuelles avec violence, contrainte, menace ou surprise sur trois mineurs de quinze ans, respectivement nés le 4 décembre 1998, le 29 juillet 1998 et le 23 mai 1997, et donc âgés d'un an et demi à cinq ans ; Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable de ces faits, l'arrêt énonce, notamment, que l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ».

stupéfiants. Loin de protéger de façon plus efficace le mineur victime d'infractions sexuelles emportant un contact, le Code pénal actuel semble avoir systématiquement abaissé les peines encourues par les auteurs, pour preuve la circulaire d'application du Code pénal de 1992 a relevé que pour les atteintes sexuelles commises sur mineur sans violence, les seules modifications apportées par la réforme portent sur la répression « sensiblement atténuée[683] ».

A coté des infractions qui répriment les actes supposant un contact de nature sexuelle avec la jeune victime, il existe des délits sanctionnant des agissements, qui, sans contact physique avec la victime, exploitent sa personne ou son image « pour tirer avantage des passions et de l'immoralité d'autrui, soit dans un but lucratif, soit pour satisfaire leurs propres passions[684] ».

b. De l'excitation à la débauche à la corruption de mineur

Liminéraiment, une réflexion sémantique nous amène à nous interroger sur l'ambivalence du terme corruption utilisé à la fois en matière d'infractions sexuelles commises contre les mineurs et pour caractériser le fait de soudoyer un fonctionnaire. Le terme corruption tire son origine du verbe corrompre, venant du latin *corrumpere*, signifiant briser complètement, détériorer, physiquement ou moralement.

La corruption est l'utilisation abusive d'un pouvoir reçu par délégation à des fins privées comme l'enrichissement personnel ou d'un tiers (famille, ami...). Elle consiste, pour un agent public, un élu, un médecin, un arbitre sportif, un salarié d'entreprise privée..., à s'abstenir de faire, à faire, à faciliter quelque chose, du fait de sa fonction, en échange d'une promesse, d'un cadeau, d'une somme d'argent, d'avantages divers...

On distingue la corruption active pour l'auteur de l'offre de promesse, de présents, d'avantages, de la corruption passive pour celui qui, du fait de sa fonction, accepte ou sollicite cette offre.

[683] Circ. 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.
[684] R. NERAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *op. cit*., p.28.

Pour ce qui concerne la corruption de mineur, c'est dans le sens de la perversion de la morale que le terme est employé. Elle se caractérise lorsqu'un individu s'efforce de profiter de la jeunesse et de l'inexpérience de sa victime pour l'initier à un vice, et s'efforcer de l'en rendre esclave. Un tel fait est, à l'évidence, condamné par la morale. Pour Michèle-Laure Rassat, « l'incrimination de corruption de mineurs est utile pour réprimer la fourniture d'un local où seront admis des mineurs à la débauche…l'accomplissement de l'acte sexuel en présence de mineurs…la projection à des mineurs de films ou cassettes de nature pornographique[685] ».

Les articles 334 et 335 du Code pénal de 1810 étaient consacrés à la seule répression de l'excitation de mineurs à la débauche. Dans sa rédaction originelle, l'article 334 punissait quiconque avait attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, infraction aggravée lorsque la prostitution ou la corruption avait été excitée, favorisée ou facilitée par les père, mère, tuteur des mineurs ou autres personnes chargées de leur surveillance.

L'article 334 réprimait à la fois l'excitation à la débauche et le proxénétisme. Cette confusion des deux infractions semblait être animée par une même intention législative qui peut être résumée par cette citation de Garraud : « si tout homme est maître, au point de vue social, de son corps comme de son intelligence, s'il est même libre de se dépraver, il ne peut, par des actes personnels, chercher à dépraver les autres[686] ». Selon la doctrine, la corruption et l'excitation à la corruption possèdent un caractère commun dans le fait que les auteurs s'en rendent coupables bien que les actes qu'ils favorisent soient eux-mêmes impunis. Aussi, « les limites entre l'immoralité et le délit ne sont, nulle part, plus incertaines et plus fuyantes que dans cette forme d'attentat aux mœurs commis en excitant à la débauche[687] ».

C'est ainsi que dans son alinéa premier, l'article 334 du Code pénal de 1810 punissait le fait pour quiconque d'avoir « attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-

[685] M.-L. RASSAT, *JCl. Pén.*, v° « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », fasc. 20, 2008, p. 2.
[686] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, p.497, n°482.
[687] *Id.*

dessous de vingt et un ans ». Le délit d'excitation à la débauche est donc composé de trois éléments déterminants : un fait d'excitation, l'habitude et l'âge de la victime.

Pour mettre un terme à cet amalgame, le législateur a restreint le champ d'application de l'infraction d'excitation de mineurs avec la loi du 3 avril 1903 qui a inséré dans l'article 334 des dispositions tendant à réprimer l'embauchage, l'entraînement et le détournement de personnes majeures ou mineures en vue de la débauche.

Plus tardivement, la loi du 13 avril 1946 a regroupé sous l'article 334 les différents cas de proxénétisme disséminés dans d'autres lois. Elle a créé un article 334 bis, pour sanctionner l'excitation de mineurs à la débauche. Le texte était ainsi modifié pour permettre la répression des faits occasionnels commis à l'égard de mineurs de seize ans, l'habitude restant exigée dans le cas des mineurs de vingt et un ans. Par l'ordonnance du 23 décembre 1958[688], le délit d'excitation de mineurs à la débauche fut inclus dans le nouvel article 334-1 où il occupait le onzième alinéa.

Lors de l'élaboration de la loi dite « Sécurité et Liberté » du 2 février 1981, le législateur a entendu rendre à l'infraction d'excitation à la débauche toute sa spécificité. A l'origine, l'initiative émanait du Sénat qui n'avait pas pour autant ce but. L'objectif était, en effet, de modifier les peines applicables en la matière et de rendre cohérent le système répressif. Comme on l'a vu, l'excitation des mineurs à la débauche figurait dans le même texte que le proxénétisme aggravé, les peines accessoires prévues dans le cadre du proxénétisme aggravé et qui s'appliquaient automatiquement à lui, à l'époque, se trouvaient automatiquement applicables, de la même façon, à l'excitation de mineurs à la débauche. Le Sénat a alors décidé qu'il fallait, du point de vue des sanctions annexes, dissocier le proxénétisme aggravé, par définition même très grave, de l'excitation de mineurs à la débauche, qui peut l'être moins. L'amendement porté par un sénateur se contentait de considérer que les sanctions accessoires prévues en cas d'excitation de mineurs à la débauche seraient facultatives pour le juge. Toutefois, la commission paritaire mixte devant laquelle le texte devait venir a été plus active. Elle a préféré soustraire l'excitation de mineurs à la débauche de l'article 334-1 pour le traiter

[688] M.-L. RASSAT, « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *JCl Pén. Code, op. cit.*, n°2.

dans un article 334-2 nouveau et totalement autonome. L'excitation de mineurs à la débauche trouvait donc son autonomie.

Aujourd'hui, prévue à l'article 227-22 du Code pénal, la corruption de mineurs correspond à l'ancienne infraction d'excitation à la débauche de l'article 334-2. Selon les dispositions actuelles, le fait de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement. Cette peine est portée à sept ans lorsque le mineur a moins de quinze ans. Il est vrai qu'actuellement les références à l'esprit même de l'excitation à la débauche ont disparu. Toutefois, la doctrine est unanime pour considérer que l'ensemble des agissements antérieurement réprimés l'est encore. La jurisprudence est également allée dans ce sens en estimant que « les éléments constitutifs du délit de corruption de mineur, prévu et réprimé par l'article 227-22 du Code pénal, en vigueur depuis le 1er mars 1994, ne diffèrent pas de ceux du délit d'excitation de mineur à la débauche que sanctionnait l'ancien article 334-2. Ce délit est constitué dès lors qu'un prévenu associe une mineure à son comportement impudique, avec la volonté d'éveiller ses pulsions sexuelles »[689].

Si dans un premier temps, la Chambre criminelle a estimé que la loi devait s'appliquer non seulement aux proxénètes mais aussi à ceux qui corrompaient la jeunesse pour satisfaire leurs vices personnels, elle n'a pas hésité, ensuite, à inverser sa jurisprudence, en considérant que l'article 334 visait uniquement les personnes cherchant à satisfaire les passions d'autrui. Finalement, au terme d'une assez longue évolution, elle admit que l'infraction pouvait être constituée à l'égard de celui qui agit pour satisfaire ses passions propres mais à la condition qu'il le fasse aussi pour corrompre la jeunesse, notamment en se comportant comme un intermédiaire de corruption[690]

Par référence à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien Code, doit être condamnée une femme qui s'est livrée à des actes obscènes en présence d'une jeune fille de quinze ans[691]. Avait également été considéré comme constitutif du délit de corruption de mineur, le fait de se masturber devant une mineure de seize ans en lui demandant de faire des photographies,

---

[689] Cass. crim. 1er février 1995, *Bull. crim*., n° 43, *JCP G* 1995, IV, 1139.
[690] E. GARÇON*, Le Code pénal annoté, op. cit.,* 1956, art. 334*, n° 305 s.* et les nombreuses décisions citées et analysées par R. MERLE et A. VITU*, Traité de droit criminel, tome 3 : Droit pénal spécial, op. cit*., n° 1940 à 1942.
[691] Cass. crim. 16 janvier 1946, *Bull. crim*. n° 23.

les juges ayant relevé que cela impliquait la volonté d'éveiller les pulsions de l'adolescente et de favoriser ainsi sa corruption[692].

Si l'intermédiaire de corruption est un véritable proxénète au sens des articles 222-5 et suivants, il faut préférer cette qualification même si, ce faisant, le proxénète corrompt à l'évidence des mineurs, la minorité étant une circonstance aggravante des infractions de proxénétisme. Beaucoup de circonstances de fait qui ont historiquement donné lieu à l'application de l'incrimination de corruption de mineurs relèvent donc aujourd'hui de l'un ou l'autre des cas de proxénétisme. Il en est ainsi de l'admission des mineurs dans les maisons de prostitution qui est un délit de tolérance à la prostitution[693] ne distinguant pas l'admission des adultes de celle des mineurs[694], et des facilités données à des adultes pour satisfaire leurs désirs à l'égard des mineurs[695] qui sont des délits d'entremise punis plus sévèrement s'ils sont commis à l'égard de mineurs[696]. Mais, celui qui fournit un partenaire mineur en vue de la débauche, c'est-à-dire sans que le mineur soit rémunéré, n'est pas coupable de proxénétisme. Il le sera donc de corruption de mineur.

Sous l'empire de l'ancien article 334, des controverses s'étaient déjà faites entendre sur la portée de ce texte quant au rapport susceptible de s'établir entre la corruption de la victime et la satisfaction des pulsions personnelles de l'auteur. La volonté légitime étant de protéger les mineurs, le législateur a récemment été amené à diversifier les textes et les infractions sans qu'il soit toujours conscient des problèmes de frontières ainsi suscités. Selon certains auteurs, la distinction de ces nombreuses infractions devient aujourd'hui difficile et parfois incertaine : « l'infraction de corruption de mineurs se plaçant au centre des difficultés a aujourd'hui un champ d'application mal déterminé dans la mesure où l'interprétation jurisprudentielle qui est ou sera donnée aux infractions voisines pourrait, à la limite, lui supprimer tout domaine propre [697]».

---

[692] Cass. crim. 1er février 1995, *Bull. crim*. n°43.
[693] Art. 335 ancien C. pén., devenu art. 225-10.
[694] Cass. crim., 19 mars 1942*, DA 1942, p. 101.*
[695] Cass. crim., 28 mars 1931, *DH 1931, 1, p. 253.* – Cass. Crim. 6 juill. 1966*, Bull. crim., n° 194.*
[696] Art. 225-6, al. 1er Ancien C. pén. et art. 225-7, al. 1er.
[697] M.-L. RASSAT, « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *JCl. Pén. Code, op. cit*, n°8.

Notons qu'en ayant supprimé la condition du caractère habituel de l'infraction, le Code pénal de 1992 l'a rendu plus sévère. Désormais, l'auteur d'un seul acte répréhensible peut être poursuivi pour corruption de mineur. Certains auteurs reprochent néanmoins aux peines d'avoir été retenues « à un niveau moyen entre celles autrefois prévues (avec un maximum de dix ans) et celles proposées au niveau le plus bas des travaux préparatoires (deux ans pour l'Assemblée nationale)[698] ».

A l'instar de l'excitation de mineurs à la débauche de l'ancien Code, l'âge du corrupteur importe peu et l'auteur, même mineur, peut être retenu dans les liens de la prévention. La victime, pour sa part, ne peut être qu'un mineur de moins de dix-huit ans et non de moins de quinze ans. Si l'on transpose à l'infraction de corruption de mineur, la jurisprudence des juges du fond relative au recours à la prostitution d'un mineur, tout laisse penser que, pour être déclaré coupable, l'auteur doit avoir connaissance de la minorité de la victime. Aussi, la cour d'appel de Paris a jugé qu'un prévenu « (soutenait) à tort que la minorité de (la) jeune fille (en cause) n'était pas apparente, alors qu'il n'était pas possible d'ignorer l'état de mineure, qui ressort à l'évidence de son apparence physique »[699].

Au cœur de la délinquance domestique, l'alinéa 2 de l'article 227-22 du Code pénal vise particulièrement le fait pour un majeur « d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ». La circulaire d'application de 1993 estime qu'il ne s'agit pas d'une forme particulière de corruption de mineur ou même d'une infraction autonome, mais d'une illustration, le législateur ayant indiqué que les peines prévues au premier alinéa sont « notamment applicables au fait commis par un majeur de … ». Selon certains auteurs, la corruption de l'article 227-22 possède une connotation essentiellement sexuelle puisque les autres types de corruption sont visés par les textes précédents, ce sont donc les mœurs du mineur qui sont protégées dans cette disposition, le terme de corruption devant être utilisé dans le sens de dépravation[700].

[698] *Ibid*., n°4.
[699] CA Paris, 13e ch., 4 févr. 2005, n° 04/06165 : Juris-Data : n°2005-279952.
[700] R. NERAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *op. cit*., p.30.

B. Le devenir des « violence, contrainte, menace ou surprise » ou l'autonomie d'une répression

La singularité des infractions à caractère sexuel, lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur et par un occupant du domicile, tient essentiellement à l'inadéquation entre les conditions requises par les textes d'incrimination à vocation universelle, et la spécificité d'une délinquance liée à un *modus operandi* et un contexte spécifique. Il est, en effet, nécessaire de concilier la condition de « violence, contrainte, menace ou surprise » avec le jeune âge de la victime (**1)** et de comprendre les enjeux entourant la volonté de certains d'ériger une infraction autonome d'inceste (**2**).

1. La conciliation des « violence, contrainte, menace ou surprise » avec le jeune âge de la victime.

Il résulte de ce que nous avons évoqué ci-dessus que le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles doit s'apprécier de façon différente selon qu'il s'agit des agressions sexuelles ou des atteintes sexuelles sans violence. Lorsque la constitution de l'infraction prévoit l'absence de consentement de la victime, l'adhésion de cette dernière à l'acte constitue un élément de l'infraction. Ainsi en est-il du viol et des autres agressions sexuelles réprimées par l'article 222-27 du Code pénal. Dès lors, lorsqu'un mineur, tout comme un majeur, a été victime de tels actes, il doit rapporter la preuve de l'absence de son consentement.

Partant du postulat selon lequel celui qui consent doit être en mesure de comprendre la portée de son acte, tout nous laisse penser que le consentement des mineurs ne peut être appréhendé de la même manière que celui des majeurs. Décrié par une partie de la doctrine en raison des difficultés qu'éprouvaient les tribunaux répressifs à établir le défaut de consentement des mineurs, le législateur a décidé de remanier le régime des agressions sexuelles en adoptant des dispositions relativement plus souples. Celles-ci consistent à faciliter la preuve des agressions sexuelles perpétrées sur les mineurs.

Les défauts de maturité ou de discernement inhérents à la minorité conduisent à admettre

que certains mineurs, suivant leurs âges, ne sont pas en mesure de consentir librement à des relations sexuelles. C'est ainsi que dans le cadre des atteintes sexuelles sans violence, le consentement donné aux relations sexuelles par des mineurs de quinze ans[701] et ceux de plus de quinze ans à l'égard de leurs ascendants ou toute autre personne exerçant sur eux une autorité de fait ou de droit[702] ne constitue pas un obstacle à la répression puisque la preuve de l'absence de leur consentement n'est pas requise. La logique de ces deux textes n'est pas réellement surprenante car, au-delà des atteintes sexuelles sans violence, le principe qui préside au droit pénal est celui de l'indifférence du consentement de la victime. Poursuivant davantage la satisfaction de l'intérêt général que celui des individus, le droit pénal ne peut dès lors qu'admettre un rôle limité au consentement de la victime[703]. « Par voie de conséquence, parce qu'il n'est pas un fait justificatif, le consentement des mineurs ne saurait constituer, en pareille occurrence, un frein à la répression »[704].

Les dispositions protégeant les mineurs victimes d'infractions sexuelles, adoptées par couches successives, n'ont cessé de s'étoffer au fil du temps[705]. Malgré des dispositions dérogatoires, des contrastes apparaissent dans la protection du consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles. La preuve du défaut de consentement étant à géométrie variable dans le cadre des agressions sexuelles, nous sommes amenés à nous interroger sur le point de savoir s'il ne conviendrait pas de mettre en place une présomption d'absence de consentement des mineurs.

La preuve du consentement des mineurs, victimes d'agressions sexuelles. - S'il est un consensus, c'est bien sur la difficulté d'établir le défaut de consentement des mineurs victimes. Afin de respecter le principe de légalité, le juge ne peut prononcer une peine sans avoir préalablement relevé les éléments constitutifs de l'infraction qu'il réprime et la Chambre criminelle veille strictement au respect de ce principe en matière d'agressions sexuelles dont

---

[701] Art. 227-25 C. pén.
[702] Art. 227-27 C. pén.
[703] Pour une étude détaillée du consentement en droit pénal : P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. Sc. Crim*.1991, p. 699.
[704] G. DELORS, « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *Rev. Sc. Crim*. 2011 p.817.
[705] C. DEFOORT, « Regard critique sur le régime pénal applicable aux infractions de nature sexuelle commises contre les mineurs», *RPDP* n°4, décembre 2006, p. 763. À la liste établie par l'auteur peuvent être ajoutées la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs et celle du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur des mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

les éléments constitutifs sont énoncés à l'article 222-22 du Code pénal. Ce texte dispose en effet que « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». Qu'il s'agisse du viol ou des autres agressions sexuelles, c'est un défaut de consentement que ces atteintes sanctionnent. Il est exigé qu'au moins l'un de ces derniers éléments, à savoir la violence, la contrainte, la menace ou la surprise, soit relevé par les juges du fond et surtout déterminé au vu des faits de l'espèce. La Chambre criminelle a ainsi censuré un arrêt qui s'était borné à relever que le prévenu « ne pouvait pas se rendre compte que sa victime n'était pas tout à fait consentante » au motif que « l'absence totale de consentement de la victime », élément constitutif du délit d'agression sexuelle, doit être caractérisé[706]. La Haute juridiction a prononcé la cassation d'arrêts qui se contentaient d'établir la réalité des atteintes sexuelles reprochées[707] ou encore qui se bornaient à retenir que les victimes ont déclaré de façon crédible, avoir été l'objet d'attouchements sexuels de la part du prévenu[708], sans caractériser en quoi ces atteintes auraient été commises avec violence, menace, contrainte ou surprise[709]. A titre d'illustration, le 10 mai 2001[710], la Chambre criminelle a cassé un arrêt de condamnation qui avait retenu le délit d'agression sexuelle à l'encontre d'un prévenu du fait de l'autorité qu'il pouvait exercer sur la victime, aux motifs que pour caractériser la contrainte, la cour d'appel s'était fondée sur l'autorité attribuée au prévenu, alors que cet élément ne constitue qu'une circonstance aggravante du délit d'agression sexuelle. Pour Yves Mayaud, il en va d'un « impératif de raisonnement » tant il est vrai que « l'aggravation ne peut que venir se greffer sur le préalable d'une infraction parfaitement constituée » à défaut de quoi la solution reviendrait à « confondre ce qui relève de la structure de l'infraction avec ce qui en est le complément possible, destiné à en aggraver la sanction[711] ». Dès lors, le fait d'énoncer que la victime est très jeune[712] ou simplement faire état de leur ignorance[713], ne saurait suffire pour entrer en voie de condamnation. Ces éléments de fait permettent tout au plus de retenir la circonstance aggravante de l'article 222-29 du Code pénal et ne peuvent en rien être considérés comme des éléments constitutifs de

[706] Cass. Crim. 20 juin 2001, pourvoi n° 00-88258.
[707] Cass. Crim. 17 mars 1999, *Bull. crim*. n°49 ; *D*. 2000, Somm. 32, obs. MAYAUD ; *Dr. pénal* 1999. 96, obs. VERON.
[708] Cass. Crim. 14 avril 1999, *Bull. crim*. n° 83.
[709] Cass. Crim 22 septembre 1999, *Bull. crim*. n°195.
[710] Cass. Crim. 10 mai 2001, pourvoi n° 00-87.659.
[711] *Rev. Sc. Crim*. 2001, p. 809.
[712] Cass. Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 274 ; *D*. 1999. 75, note Y. MAYAUD ; *Dr. pén*. 1999, Comm. 5, note VÉRON ; *JCP* 1998. II. 10215, note MAYER ; Cass. Crim., 10 mai 2001, *Bull. crim*. n° 116 ; *Rev. Sc. Crim*. 2001, p. 808, obs. Y. MAYAUD ; *Dr. pén*. 2001, 110, obs. VÉRON
[713] Cass. Crim 14 novembre 2001, *Bull. crim*. n° 239.

l'infraction d'agression sexuelle. C'est ce qu'affirme la Chambre criminelle dans un arrêt du 14 avril 1999, qui reprochait à la juridiction d'appel de ne pas avoir caractérisé en quoi l'atteinte sexuelle aurait été commise avec violence, menace, contrainte ou surprise en indiquant que la victime, par des déclarations crédibles, avait déclaré qu' « après s'être mis à cheval sur elle, pantalon et slip baissés et s'être couché sur elle, le prévenu avait frotté très fort son sexe jusqu'à ce qu'il y ait du blanc qui sorte[714] ».

En refusant de confondre éléments constitutifs et circonstances aggravantes, cette solution pèche par excès de rigueur puisqu'il il demeure extrêmement compliqué pour les tribunaux répressifs de caractériser le défaut de consentement des mineurs de très jeune âge, victimes d'agressions sexuelles en se fondant sur la violence, la menace, la contrainte ou la surprise. Face à ces difficultés, la Cour de cassation a su faire évoluer sa jurisprudence dès 2005. L'arrêt du 7 décembre 2005 a approuvé les juges du fond qui retenaient que la contrainte ou la surprise pouvait résulter du très jeune âge des victimes, suffisamment peu élevé pour qu'elles ne puissent avoir une idée de ce qu'est la sexualité, ce « qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur sont imposés[715]». Il résulte clairement de cette décision que la contrainte ou la surprise peut être déduite du très jeune âge de la victime. Cette solution ne pouvait être qu'approuvée car comme l'a souligné Monsieur Guéry : « la recherche de l'existence ou de l'absence du consentement de l'enfant est un non-sens. Il n'y a de consentement que lorsqu'il y a discernement[716] ». Ce faisant, parti a été pris de privilégier la répression des actes commis sur les mineurs par rapport à une interprétation stricte de la loi pénale. Le lien de domesticité qui était auparavant un frein à la répression, devient au contraire le moyen de faciliter la détermination de l'absence de consentement. Il peut dès lors être déduit du jeune âge de la victime et de la proximité entre l'auteur et la victime que cette dernière ne pouvait pas s'opposer à l'acte sexuel. Et le respect que la victime peut avoir envers l'auteur n'empêche plus de conclure en l'inexistence de la contrainte. Il serait ainsi retenu l'existence d'une contrainte morale présumée par la crainte révérencielle d'un enfant pour son père, sa mère.

---

[714] Cass. Crim. 14 avril 1999, *Bull. crim*. n°83.
[715] Cass. Crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 326 ; D. 2006. 175, obs. C. GIRAULT ; *AJ pénal* 2006. 81, obs. C. SAAS ; *Rev. Sc. Crim*. 2006. 319, obs. Y. MAYAUD ; *Dr. pén*. 2006, Comm. 31, note VÉRON.
[716] C. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé», *D*. 1998 chron. p.47.

Il serait probablement exagéré de considérer cet arrêt de 2005 comme un revirement de jurisprudence, car celui-ci porte sur l'administration de la preuve et non sur les éléments constitutifs de l'infraction. Mais sa portée ne doit pas pour autant être minimisée. Il est, d'une part, certain que face à de jeunes enfants la seule indication de cet âge suffira désormais pour retenir l'absence de consentement et donc une agression sexuelle au sens large du terme. Cela signifie, d'autre part, que face à des attouchements sexuels concernant de très jeunes enfants, la qualification d'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans sera *ipso facto* écartée. La décision de la Chambre criminelle peut certainement être saluée quant à son pragmatisme : un enfant en bas âge peut difficilement manifester un quelconque consentement. Etablir une présomption d'absence de consentement semble dès lors assez raisonnable. Toutefois, cette décision, qui s'inscrit dans la volonté d'une répression accrue des infracteurs sexuels et d'une sacralisation du corps de l'enfant, soulève une question bien connue : à partir de quel âge va-t-on considérer qu'un enfant, ou plus exactement qu'un mineur dispose du discernement nécessaire pour réaliser la nature sexuelle d'un acte et y consentir ? En l'espèce, les enfants étaient âgés de 18 mois à 5 ans[717].

La nécessité d'une présomption de défaut de consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles. Compte tenu des difficultés à établir l'élément constitutif des agressions sexuelles démontrant l'absence de consentement de la victime, il paraît plus qu'opportun de poser une présomption d'absence de consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles. Une partie de la doctrine[718] préconise cette solution. Un aperçu de certaines législations étrangères suffit à s'en convaincre. En effet, la présomption d'absence de consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles existe à des degrés différents dans certaines législations étrangères. Une telle démarche en droit français présenterait le mérite de dispenser les juges répressifs de caractériser le défaut de consentement des mineurs en se fondant sur la violence, la menace, la contrainte ou la surprise.

Tout en retenant des seuils d'âges différents, certains pays comme l'Espagne, l'Allemagne, les États-Unis, la Belgique, l'Angleterre, le Danemark ou la Suisse posent une présomption

[717] C. GIRAULT, «Agression sexuelle : la contrainte peut résulter du jeune âge de la victime », *D*. 2006 p.175.
[718] R. KOERING-JOULIN, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, M*élanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 389 ; N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, p. 323 s.

d'absence de consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles[719]. L'âge en deçà duquel un mineur est présumé ne pas pouvoir valablement consentir à une relation sexuelle est fixé à douze ans en Espagne et selon la loi fédérale des États-Unis, quatorze ans en Belgique et en Allemagne, quinze ans au Danemark et 16 ans en Suisse et en Angleterre. Dans ces législations, la violence, la menace, la contrainte ou la surprise ne sont pas requises pour prouver le défaut de consentement des mineurs.

En outre, la mise en place d'une présomption d'absence de consentement aurait la vertu d'éviter de confondre entre éléments constitutifs et circonstances aggravantes des infractions sexuelles[720]. Comme on vient de le voir, la Chambre criminelle est parfois amenée à sanctionner des juges du fond qui confondent éléments constitutifs des agressions sexuelles (menace, violence, contrainte ou surprise) et leurs circonstances aggravantes (l'âge de la victime ou la qualité de l'auteur des faits). L'intervention des éléments constitutifs et circonstances aggravantes dans la répression s'effectue par étapes. En effet, l'aggravation de la peine doit venir se surajouter à la réunion préalable des éléments constitutifs[721].

Lorsqu'on rapproche les agressions sexuelles et les atteintes sexuelles sans violence, on s'aperçoit curieusement que la minorité de la victime et la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime figurent, tantôt parmi les éléments constitutifs de l'atteinte sexuelle sans violence de l'article 227-27 du Code pénal, tantôt parmi les circonstances aggravantes du viol[722] ou des agressions sexuelles autres que le viol[723]. Encore convient-il de relever d'autres incohérences ou confusions possibles entre éléments constitutifs et circonstances aggravantes au sein même des atteintes sexuelles et des agressions sexuelles. Il paraît insensé que dans le cadre des atteintes sexuelles sans violence, les qualités d'ascendant ou personne ayant autorité sur la victime soient érigées en circonstances aggravantes pour les mineurs de quinze ans[724] et en éléments constitutifs pour les mineurs de plus de quinze ans[725]

---

[719] C. ESTROSI, *Rapport de la mission parlementaire : Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique*, Paris, Min. de la justice, 2005 [en ligne] www.justice.gouv.fr ; C. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *op. cit.*, p.47.
[720] Y. MAYAUD, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ pénal* 2004, p. 9.
[721] *Id*.
[722] Art. 222-24-2° et 4° C. pén.
[723] Art. 222-28-2° et 22-29-1° C. pén.
[724] Art. 227-25 et 227-26-1° C. pén.
[725] Art. 227-27 C. pén.

alors qu'il s'agit d'infractions de même nature[726]**.** Il en résulte que la frontière entre éléments constitutifs et circonstances aggravantes n'est pas toujours aisée à établir en matière d'infractions sexuelles.

Au regard de ce qui précède, il est permis de prôner, malgré de profonds bouleversements du régime, la mise en place d'une présomption d'absence de consentement des mineurs victimes d'infractions de nature sexuelle, laquelle devrait rendre dans la foulée inutile, le maintien des atteintes sexuelles sans violence[727].

Ce vœu louable a été exhaussé, par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010. Cette loi apporte, en son article 1er, une vraie nouveauté, en définissant la notion de contrainte. Ainsi, aux termes du nouvel article 222-22-1 : « la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ».

Compte tenu de cette exigence légale de la détermination d'un élément caractérisant l'absence de consentement, les juridictions sont parfois conduites à rechercher l'une de ces circonstances lorsque, manifestement, le consentement de la victime faisait défaut, en raison du très jeune âge de la victime. Ainsi, se retranchant derrière l'appréciation faite par des juges du fond, la Chambre criminelle a refusé de censurer des décisions ayant considéré qu'il y avait nécessairement surprise ou contrainte en raison du très jeune âge de la victime, spécialement confrontée à celui de l'auteur des faits. Ce faisant, cette coexistence entre une loi précise et une jurisprudence compréhensive rendait cette question un peu floue et incertaine et la fixation d'un âge en dessous duquel l'absence de consentement serait présumée avait été suggérée[728].

---

[726] A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP* 2010, 22 mars 2010, n°12, étude 335, p. 609, n° 24.
[727] G. DELORS, *op. cit.*, p.817.
[728] R. KOERING-JOULIN, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », *op. cit.*, p. 391.

Selon une partie de la doctrine[729], la solution proposée par la loi de 2010 poserait deux difficultés : la détermination de cet âge (sept ans, dix ans ou treize ans) et la force de la présomption (sans doute une présomption simple, admettant donc la preuve contraire). Quoiqu'il en soit, le Code pénal définit, désormais, la contrainte (dans le cadre des infractions sexuelles, pas la cause d'irresponsabilité pénale) qui peut être physique ou morale et, précisant qu'elle peut résulter de la différence d'âge entre la victime mineure et l'auteur des faits qui exerce sur elle une autorité. Et Philippe Bonfils de conclure qu' « il faudra alors guetter son application, et spécialement son application dans le temps car, justement, la loi ne paraît pas sur ce point aussi neutre qu'elle l'est par ailleurs ».

2. L'intégration de la notion « d'inceste » dans le Code pénal[730]

A l'intérieur de ce cercle fermé qu'il s'agisse d'une société ou à moindre mesure de la maison, l'inceste apparaît comme l'idée d'un tabou universel. Comme s'est attaché à le démontrer Claude Lévi-Strauss dans son ouvrage intitulé « les structures élémentaires de la parenté », la règle de la prohibition de l'inceste serait un interdit qui se retrouve dans l'ensemble des groupes sociaux, quels que soient l'époque et le lieu considérés. Si dans nos sociétés occidentales le tabou de l'inceste est profondément enraciné, il semble l'être également dans l'immense majorité des autres cultures, aussi ancestrales soient-elles. Interrogeant un des membres du peuple des Arapesh, en Nouvelle-Guinée, l'anthropologue américaine Margaret Mead constatait par exemple que le rejet des unions incestueuses était vivace et ancré dans

[729] P. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Rev. Sc. Crim*., 2010, 462.

[730] *Cf*. généralités sur la question : X. LAMEYRE, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *Rev. Sc. Crim.* 2002, p. 547 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 5 édition, Paris, LGDJ, p. 64 et s. ; T. CRETIN, « La preuve impossible ? » *Rev. Sc. Crim*. 1992, 53 ; J.D. LANNOY et P. FEYEREISEN, *L'inceste*, Paris, PUF, 1992 ; M. GENDREL, « Attentats aux mœurs entre membres d'une même famille », *RPDP*, 1964, p. 32 s. spéc. p.42. ; Ch. GUERY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D*. 1998, Chon. p. 47 ; S. LORVELLEC, « le juge et l'inceste », *RIC*, 1990, p.59 ; S. LORVELLEC, « La maltraitance en question … », *op. cit.* p. 423 ; D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D*. 1988, chron. 213 ; M.-P. PORCHY, *Les silences de la loi : un juge face à l'inceste*, Paris, Hachette Littératures, 2003 ; M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *JCP* 1974.I.2614 ; R. VOUIN, « Permis de séduire et Code pénal français », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège (Belgique), Faculté de droit de Liège, 1971, p.403.

l'esprit de chacun des membres de la tribu[731]. Universelle, la notion d'inceste n'en est pas moins protéiforme et ses contours sont aussi divers que les groupes sociaux qui la connaissent. En France, on y associe de prime abord les relations que pourrait entretenir un père avec sa file, un frère avec sa sœur.

Étymologiquement, le terme « inceste » dérive à l'origine du latin classique *incestum* qui désignait le sacrilège. Puis, à partir du milieu du XIVe siècle, est apparu dans les écrits le terme *incestus* correspondant à l'idée de quelque chose d'impur, de souillé. C'est cette signification qui a prédominé et que l'on retrouve dans les définitions données aujourd'hui, celles-ci renvoyant systématiquement à l'idée d'un interdit, d'une prohibition. Dans le langage commun, l'inceste est défini comme les « relations sexuelles entre un homme et une femme parents ou alliés à un degré qui entraine la prohibition du mariage[732] ». Dans le langage juridique, l'ouvrage intitulé vocabulaire juridique parle d'abord d'« union en vue du mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine », puis de « rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un ascendant sur un mineur non marié[733] ». Quant au Lexique juridique Dalloz, il définit l'inceste comme une « notion née en sciences humaines, désignant une relation de couple prohibée par la coutume en raison de l'existence d'un lien de parenté entre les membres de ce couple [734]». Cette dernière définition semble évoquer l'interdiction de l'union incestueuse tant du point de vue de l'empêchement à mariage du droit civil que de l'incrimination d'un comportement attentatoire aux bonnes mœurs par le droit pénal.

La question d'une prohibition universelle des relations sexuelles intrafamiliales a fasciné nombre d'auteurs. De multiples théories ont ainsi été élaborées afin de justifier l'existence de l'interdit de l'inceste. On associe d'emblée celui-ci à des considérations d'ordre médical et eugénique. Dès le XVIIIe siècle s'est en effet développée l'idée selon laquelle la crainte des

---

[731] « Quoi donc ! Tu voudrais épouser ta sœur ? Mais qu'est-ce qui te prend ? Tu ne veux pas avoir de beau-frère ? Tu ne comprends donc pas que si tu épouses la sœur d'un autre homme, et qu'un autre homme épouse ta sœur, tu auras au moins deux beaux-frères, et que si tu épouses ta propre sœur tu n'en auras pas du tout ? Et avec qui iras-tu chasser ? Avec qui feras-tu les plantations ? Qui auras-tu à visiter ? », M. MAED, *Sex and Temperament in Three Primitives Societies*, New-York, 1935, p. 84, cité par C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton de Gruyter, 1967, p. 555-556.

[732] *Le petit Robert*, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 2012, v° « *Inceste ».*

[733] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° « *Inceste »*, *op. cit*.,

[734] S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2013*, 20e édition Paris, Dalloz, coll. « Lexiques », 2012, v° « *Inceste »*.

maladies liées à la consanguinité justifiait la prohibition des mariages incestueux. Toutefois, cette justification ne semble pas pertinente, et ce pour deux raisons principales : tout d'abord, adhérer à une telle théorie relève d'une confusion faite entre l'inceste et la consanguinité. En réalité, les deux notions ne se confondent pas, puisque l'inceste est susceptible de concerner des relations entre « alliés », c'est-à-dire entre personnes n'ayant aucun lien biologique — ce que Françoise Héritier appellera les « incestes de deuxième type[735]». Par ailleurs, comme le souligne Freud, la découverte de tels risques est relativement récente, tandis que la prohibition de l'inceste est connue de civilisations ancestrales.[736]

Dans le même ordre de pensée, des auteurs comme Hemy Havelock Ellis ou Edward Westennarck ont tenté de démontrer que la prohibition de l'inceste serait innée et découlerait de l'aversion sexuelle naturelle qui naît entre des individus élevés ensemble, aversion qui serait elle-même le reflet du caractère préjudiciable des unions incestueuses au niveau biologique. Freud se dressera également contre cette théorie, en reprenant l'argumentation de l'anthropologue écossais James Frazer, selon laquelle, si la prohibition de l'inceste était réellement ancrée en l'homme, il ne serait pas nécessaire de la prononcer ou de l'édicter[737].

Freud. - Dans « totem et tabou », Freud part en effet du mythe darwinien de la « horde primitive », la tribu était à l'origine dominée par un père féroce, jaloux, ne tolérant la présence d'aucun autre mâle et gardant près de lui toutes les femelles : un jour, excédés, les fils s'unirent pour chasser le père, mettant ainsi fin à « l'existence de la horde paternelle[738] ». Toutefois, une fois leur acte accompli, les sentiments contradictoires qu'ils éprouvaient à l'égard de leur père (crainte et haine d'un côté, admiration et respect de l'autre) les ont conduits à éprouver des remords devant le meurtre de leur géniteur. Par conséquent, « ce que le père avait empêché autrefois, par le fait même de son existence, les fils se le défendaient à présent eux-mêmes, en vertu de cette "obéissance rétrospective", caractéristique d'une situation psychique que la psychanalyse nous a rendue familière[739] ». Les fils, bien que désormais libres du joug du père, vont donc s'interdire de s'octroyer les femmes du groupe,

[735] F. HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère, anthropologie de l'inceste*, Paris, Odile Jacob, 1994, p. 11.
[736] S. FREUD, *Totem et Tabou*, traduit par S. Jankélévitch, Paris, Payot et Rivages, 2001, p. 176.
[737] J. FRAZER, *Totemism and Exogamy*, t. IV, cité par S. FREUD, *Totem et Tabou*, *op. cit*., p. 174-175.
[738] S. FREUD, *Totem et Tabou*, *ibid.,* p. 199.
[739] *Ibid*. p. 201.

instaurant ainsi la prohibition de l'inceste. La théorie freudienne présente le désir d'inceste comme naturel, démontrant que «la prohibition de l'inceste aurait [...] pour but de maintenir la hiérarchie entre les générations et la discipline nécessaire à la cohésion du groupe[740] ». Toutefois, le mythe raconté n'étant qu'une création de l'esprit, la théorie de Freud a fait l'objet de critiques et ne peut constituer une théorie fiable des raisons de l'interdiction de l'inceste.

En sociologie. - Les premières réflexions sur le sujet s'articulent autour des travaux d'Émile Durkheim, qui a été le premier à faire de l'inceste une pure institution sociale[741]. Mais l'essentiel de la réflexion s'est cristallisé autour des travaux de Claude Lévi-Strauss, regroupés dans son ouvrage « les structures élémentaires de la parenté ». Lévi-Strauss rejoint Freud, en ce qu'il déclare à propos de la prohibition de l'inceste que « rien n'est plus douteux que cette prétendue répugnance instinctive, car l'inceste, bien que prohibé par la loi et les mœurs, existe[742] ». L'inceste est universel, à la manière des «tendances et des instincts[743] ». Une fois ce postulat établi, il explique alors que l'inceste se doit d'être prohibé pour des raisons sociales liées à l'exogamie et à l'échange entre groupes. Comme le résume Nathalie Glandier Lescure dans sa thèse sur l'inceste en droit français contemporain, «le mariage endogame n'est interdit que pour introduire le mariage avec un autre groupe que la famille biologique. L'explication de cette règle ne résulte pas du péril biologique qui serait attaché au mariage consanguin mais du bénéfice social résultant du mariage exogame[744] ». L'interdit de l'inceste marque donc le passage de l'animalité à l'humanité : il est le marqueur du « seuil humain, ou encore [du] seuil du culturel[745] ». La théorie de Lévi-Strauss est souvent considérée comme la théorie fondamentale qui justifie la prohibition de l'inceste. Toutefois, elle fait également l'objet de critiques, lesquelles mettent généralement l'accent sur l'existence attestée de stratégies d'évitement des comportements incestueux chez certains groupes d'animaux et plus particulièrement chez les mammifères. Dans les matières telles que la sociologie,

---

[740] B. SELIGMAN, « The incest taboo as a social regulation », *The Sociological Review*, janvier 1935, vol.27, n°1, p. 75-93, cité par F. HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère, op. cit*., p. 20.
[741] E. DURKHEIM, *La Prohibition de l'inceste et ses origines*, Paris, Payot et Rivages, 2008.
[742] C. LEVI-STRAUSS, *op. cit*., p. 20.
[743] *Ibid.,* p. 10-12.
[744] N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en Droit français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 44.
[745] A. DELRIEU, *Lévi-Strauss Lecteur de Freud, Le droit, l'inceste, le père et l'échange des femmes*, 2e édition, Paris, Anthropos, Coll. « Psychanalyse et pratiques sociales »,1999, p. 30.

l'anthropologie ou la psychanalyse, les difficultés que rencontrent les auteurs à identifier une justification solide de la prohibition de l'inceste viennent d'être mises en lumière.

En droit. - Pour la matière juridique, comme le remarquait Annick Batteur, « rares sont les écrits sur le sujet de l'inceste[746] ». De fait, il semble qu'il n'existe pas aujourd'hui à proprement parler de réflexion poussée en droit sur les raisons pour lesquelles serait prohibé l'inceste. En droit romain certes, les juristes alléguaient un risque de confusion des rôles sociaux et insistaient sur la nécessité d'assurer une place stable dans la famille à chaque membre de celle-ci. Cependant, à l'époque contemporaine, la doctrine juridique n'innove plus. Déjà Portalis en 1804 écrivait pour justifier l'introduction des empêchements à mariage dans le Code civil que : « le mariage doit être prohibé entre les ascendants et descendants en ligne directe ; nous n'avons pas besoin de donner les raisons, elles ont frappé tous les législateurs[747]». Il est évident qu'en insistant sur le caractère inévitable de la prohibition du mariage entre apparentés, et le posant comme un postulat, le rédacteur du Code civil reste évasif sur les raisons de celle-ci. Deux siècles plus tard, force est de constater pour Annick Batteur, un « doute » et une «méconnaissance du fondement de l'inceste[748] ». Didier Guével, de son côté, évoque la « pénombre ambiguë[749] » entourant le sujet et insiste sur «la faiblesse des fondements et des justifications de l'interdit [de l'inceste] ». Quant au doyen Cornu, il fait la synthèse de l'ensemble des réflexions : « horreur morale, répulsion physique, crainte des dégénérescences qu'engendrent les mariages consanguins, méfaits sociaux de l'endogamie d'où viennent l'asphyxie sociale, la rupture des échanges et l'esprit de caste et, par bon sens, la paix et la tranquillité des familles[750] ». Seule Nathalie Glandier-Lescure, dans sa thèse, tente de dégager les contours du sujet. Elle insiste d'abord, en se fondant sur les théories de Freud et de Lévi-Strauss, sur «le seul fondement social de la règle de l'interdit de l'inceste[751] », puisque celui-ci fonde tant la société que l'institution de la famille ; elle constate ensuite «la fonction sociale du droit[752] » et en déduit la nécessité pour le droit d'édicter le principe social fondamental qu'est la prohibition de l'inceste. Le fondement de la prohibition de l'inceste en

---

[746] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD. civ*. 2000. 759.
[747] J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluence, Coll. « Voix de la cité », 1999, p. 32
[748] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », op .cit.
[749] D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal*., 16 octobre 2004, n° 290, p. 2.
[750] G. CORNU, *Droit civil, la famille*, 9e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2006, p. 303-304.
[751] N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en Droit français contemporain, op. cit*., p. 36.
[752] *Ibid*, p. 45.

droit est donc pour elle la nécessité de protéger la société et la famille, protection qui se doit de passer par les règles édictées par le droit objectif.

Nous concentrerons notre propos exclusivement sur le droit pénal. Dans la continuité des réflexions menées jusqu'ici, il paraît opportun d'envisager l'inceste sous l'angle évident des relations sexuelles entre ascendant et descendant mineur d'une part, et plus largement sur l'incrimination de l'union entre parents majeurs, d'autre part.

En droit français, pendant longtemps, l'inceste n'a pas été considéré par le droit pénal comme une infraction autonome. Mettre l'inceste au rang des infractions autonomes signifierait que la seule constatation de relations charnelles incestueuses, même consenties, serait constitutive d'un crime ou d'un délit. C'est le choix qu'ont fait certaines législations, à l'image de la législation canadienne. Le premier alinéa de l'article 155 du Code criminel canadien dispose en effet que « commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne » et le second alinéa prévoit que « quiconque commet un inceste est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de cinq ans si l'autre personne est âgée de moins de seize ans ».

En France jusqu'à peu, nulle mention directe de l'inceste n 'était effectuée dans le Code pénal, ce qui a conduit Danièle Mayer à déclarer clairement que «la qualification d'inceste est ignorée du droit pénal[753] ». Mais après une longue période d'ignorance, le législateur s'est posé la question suivante : « faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?[754] », avant d'y répondre par deux lois : l'une du 8 février 2010 et l'autre du 14 mars 2016.

L'inceste en dehors d'une incrimination spéciale - Face au refus du législateur d'ériger l'inceste en infraction autonome, il apparaît que l'inceste a été appréhendé par le droit pénal dans deux cas particuliers : en premier lieu, au travers des relations sexuelles entretenues avec un mineur sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve d'un défaut de consentement. En

[753] D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron., p. 213.
[754] C.ESTROSI, *op. cit.*, p.42.

second lieu, la relation incestueuse va être incriminée toutes les fois qu'une victime n'aura pas donné son consentement, avec cette circonstance aggravante que l'auteur est un ascendant.

La relation incestueuse avec un mineur - Il s'agit ici d'étudier l'inceste en droit pénal hors de toute référence à la notion de consentement. L'inceste va être ici appréhendé par le droit pour la seule raison que la relation incestueuse a lieu avec un mineur — peu importe que celui-ci ait ou non consenti.

L'acte incestueux peut être d'abord envisagé à travers les atteintes sexuelles sans violence. L'atteinte sexuelle sans violence peut se définir comme l' « atteinte volontaire à l'intégrité physique et psychique d'une personne de l'un ou l'autre sexe [...] commise sans violence ». Selon l'article 227-25, une telle atteinte qui s'effectue sans violence, contrainte, menace ni surprise n'est incriminée pénalement que lorsqu'elle est commise par un majeur sur un mineur de quinze ans. En cas de relation incestueuse entretenue entre un majeur et un mineur de quinze ans, le droit pénal interviendra donc et une telle relation sera réprimée pénalement. On peut toutefois noter que le caractère incestueux ou non des relations n'a aucune incidence sur la répression, mais l'inceste entrera en pratique dans le champ d'appréhension du droit pénal. La répression est toutefois différente lorsqu'il s'agit d'un mineur de plus de quinze ans. En effet, le Code pénal ne peut incriminer les relations sexuelles entre un majeur et une personne dont l'âge est situé entre quinze et dix-huit ans, conformément au respect du principe de liberté sexuelle. Toutefois, de telles relations sont dans un cas particulier appréhendées par le droit pénal et donc réprimées : l'article 227-27 dispose en effet que «les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Dans ce cas là, on remarque que « le lien de parenté joue un rôle beaucoup plus important, puisque c'est lui qui rend punissable un acte qui, en règle générale, ne l'est pas, parce que les deux partenaires sont censés avoir agi librement[755] ». Il convient de rappeler que cette version de l'incrimination ne date que de la loi 23 décembre 1980 ; auparavant, une loi du 13 mai 1863 n'incriminait l'atteinte sexuelle sur un mineur de plus de quinze ans uniquement si celle-ci était le fait d'un ascendant légitime,

[755] D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit.*, p.213.

naturel ou adoptif. Dès lors, Michèle-Laure Rassat estimait que par cet ancien article 331, « on avait voulu, en réalité, réprimer l'inceste et le délit était d'ailleurs caractérisé même quand il était établi que la "victime" s'était prêtée volontairement aux actes impudiques ou même les avait provoqués[756]». Dans le cas de l'article 227-27, le caractère incestueux de la relation est donc bien un élément constitutif de l'infraction, ce qui distingue celle-ci de l'infraction de l'article 227-25. Toutefois, ces deux articles ont en commun d'attester de l'appréhension par le droit pénal du phénomène de l'inceste.

La relation incestueuse indépendamment de l'âge de la victime – Quelque soit l'âge de la victime, que celle-ci soit mineure ou majeure, l'inceste va être pris en compte pour aggraver la répression en cas d'agression sexuelle constatée. Ici, l'inceste constituera une circonstance aggravante. Pour rappel, le viol réprimé à l'article 222-24 du Code pénal dispose que celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle (au lieu de dix dans le cas d'un viol simple) «lorsqu'il est commis par un ascendant par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait». Quant aux autres agressions sexuelles, on distingue celles commises sur un mineur de quinze ans et les autres. Pour les premières, c'est l'article 222-30 qui accroit la répression, en faisant passer la peine de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque de telles agressions sont commises «par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait». Pour les secondes, l'article 222-28 du Code Pénal prévoit une réclusion criminelle d'une durée de sept ans et 100 000 euros d'amende en cas de commission par un ascendant ou toute personne ayant autorité sur la victime, au lieu de cinq ans de réclusion et 75 000 euros d'amende quand le caractère incestueux de l'agression n'existe pas. Le caractère incestueux de la relation sexuelle non consentie est donc bien pris en compte par le droit pénal. Comme le remarque Danièle Mayer, «la parenté en ligne directe est considérée comme une présomption irréfragable d'abus d'autorité. Au contraire, s'agissant des collatéraux, la parenté est insuffisante à entrainer l'application des textes [sur les infractions sexuelles] [757]».

[756] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit*., p. 670-671.
[757] D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit*., p.213.

L'inceste : une incrimination spéciale brièvement intégrée dans le Code pénal. - En juillet 2005, Christian Estrosi, député, nommé parlementaire en mission par le Premier ministre, a rendu un rapport intitulé « Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? » Il était noté en conclusion : « Au terme de sa réflexion sur l'opportunité d'ériger l'inceste en infraction spécifique, la mission a tenté de traduire juridiquement cet interdit majeur de notre société tout en étant soucieuse d'éviter les écueils dus à l'application de la loi dans le temps. C'est une voie médiane, prenant en compte ces deux impératifs, que le présent rapport propose d'emprunter. Partant du constat que le Code pénal, sans les désigner comme tels, réprime déjà la plupart des actes incestueux, la mission a jugé préférable de perfectionner ce système plutôt que d'en bouleverser l'économie. Dans cette optique, le présent rapport a, en premier lieu, souhaité mettre en exergue les comportements incestueux, par souci de coordination avec les dispositions du Code civil, il est recommandé d'introduire dans le Code pénal le concept d'"atteintes sexuelles incestueuses", qui se déclinerait en viols, autres agressions sexuelles et atteintes sexuelles. Cette notion reposerait sur une liste d'auteurs, reprenant les individus visés par les empêchements au mariage et au pacte civil de solidarité[758] ».

La proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale par Marie-Louise Fort[759], ayant conduit à l'adoption de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 s'inscrivait à l'origine dans une logique différente puisqu'elle tendait, après avoir défini le périmètre des relations incestueuses, à faire de cette qualification un facteur aggravant pour l'atteinte sexuelle (qui devenait une agression sexuelle dès lors qu'elle était incestueuse) et qui conduisait à une nouvelle catégorie de viol définie comme « tout acte de pénétration sexuelle incestueux » (sous- entendu « même consenti »)

La proposition de loi initiale comportait une définition précise du champ de l'incrimination. Etaient visées les atteintes ou agressions sexuelles commises par un ascendant, un oncle, une tante, un frère, une sœur, une nièce ou un neveu ainsi que par le conjoint, concubin ou partenaire lié par un PACS à l'une de ces personnes. Cette définition a été critiquée dès les débats à l'Assemblée nationale à raison du caractère trop limitatif de cette définition qui pouvait laisser hors du champ de la qualification des actes que les victimes pourraient penser

[758] C. ESTROSI, *op. cit*., p. 42-43.
[759] M.-L. FORT, Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l accompagnement médical et social des victimes, Assemblée nationale, 18 mars 2009.

comme relevant de ce qu'on appelle communément l'inceste d'une part et de son champ beaucoup plus large que celui des prohibitions qu'instaure le Code civil d'autre part.

Les difficultés de définition du périmètre des actes incestueux ont conduit le Sénat à retenir une rédaction différente et « à substituer à la stricte énumération des auteurs d'actes incestueux une référence plus large aux violences commises au sein de la famille par un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime afin de permettre aux juges de tenir compte de l'ensemble des configurations familiales dans lesquelles les violences sexuelles auraient été infligées[760] ». Le rapport a donc préconisé « une référence plus générale et volontairement imprécise à la notion de violences commises au sein de la famille[761] ». C'est cette orientation qui a été finalement retenue.

Comme le souligne Stéphane Detraz, « si l'inceste est commis par "toute autre personne", il faut caractériser tout à la fois l'existence d'"une autorité de droit ou de fait" dont elle dispose sur la victime et la circonstance que l'acte illicite a eu lieu "au sein de la famille". A *contrario*, l'inceste est absent si l'acte est réalisé soit par un membre de la famille de la victime n'ayant pas autorité sur celle-ci et n'étant au surplus ni un ascendant, ni un frère ou une sœur (cousin ou cousine, oncle ou tante, etc.), soit par une personne ayant autorité mais n'étant pas un membre de la famille. (...) Il reste alors à déterminer qui appartient à la famille de la victime, la loi ne définissant pas cette notion insaisissable. À cet égard, les articles 222-31-1 et 227-27-2 du Code pénal précisent que, s'il a autorité sur elle, le concubin d'un membre de la famille de la victime peut se rendre auteur d'un inceste ; a fortiori en va-t-il de même pour le conjoint ou le partenaire. Le problème majeur (celui du compagnon de la mère) est donc réglé par la loi elle-même. Tel n'est pas le cas, en revanche, pour les membres de la famille du conjoint, du partenaire, du concubin du membre de la famille de la victime (tel le fils du mari de la mère de la victime)[762] ».

Cette imprécision de la loi a été largement critiquée par la doctrine : « la définition proposée de l'inceste s'avère ainsi à la fois trop large et trop étroite, héritière d'une conception

[760] L. BETEILLE, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, Paris, Sénat, 2009, n° 465, p. 5.
[761] *Ibid*, p. 31.
[762] S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2010, n° 63, p. 10.

hésitante de la famille[763]. » « On peut regretter ensuite que la famille... soit une notion mal cernée par la loi qui se contente d'indiquer que l'inceste doit être commis "au sein de la famille." [764]»

Finalement, l'article 1er de la loi du 8 février 2010 insère dans le Code pénal deux séries d'articles : 222-31-1 et 222-31-2 (pour l'agression sexuelle et le viol) et l'article 227-27-2 (pour l'atteinte sexuelle) qui prévoient que ces infractions sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises « au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin, d 'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

La loi de 2010 comporte au total trois titres, respectivement relatifs à l'identification et l'adaptation du Code pénal à la spécificité de l'inceste, à la prévention, et à l'accompagnement des victimes. Mais, bien que cela n'apparaisse pas expressément dans les intitulés, la loi apporte une modification dont la portée dépasse le cadre de l'inceste, en explicitant la notion de contrainte présente dans certaines infractions sexuelles.

Comme l'indique l'intitulé de la loi, il s'agit d'abord et avant tout d'inscrire l'inceste dans le Code pénal. L'intention du législateur de 2010 n'est ni d'aggraver la répression ni même d'incriminer spécialement l'inceste mais seulement d'inscrire le terme dans le Code pénal, et, en pratique, dans les décisions de justice. Cette certaine neutralité de la loi peut surprendre, car il est rare, et spécialement en droit pénal, qu'une loi nouvelle ne soit ni plus douce ni plus sévère que l'ancienne. « Sans doute, ce texte répond-il aux attentes de certaines associations qui souhaitaient que la particularité de ce type d'infractions soit clairement soulignée, au sein même du Code pénal et, peut-être, le fait de mettre un nom sur une souffrance peut participer de la guérison, par une sorte d'effet cathartique[765]».

Ainsi, il n'y a pas de création d'une nouvelle infraction d'inceste, mais l'institution d'une

---

[763] A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste, nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, n° 32, 2010, p. 301.
[764] I. CORPART, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le code pénal », *Revue juridique personnes et familles*, n° 6, juin 2010, p.10.
[765] P. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *op. cit.*

nouvelle qualification applicable à des infractions déjà existantes. Comme l'écrit la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice : « D'un point de vue juridique, les articles 222-31 -1 et 227-27-2 créent une forme de "surqualification" d'inceste, qui se superpose aux qualifications et circonstances aggravantes existantes en matière de viols, d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles, mais ne constituent nullement de nouvelles incriminations et ne modifient pas les peines encourues[766]. » Yves Mayaud ajoutera que les dispositions de la loi du 8 février 2010 sont marquées « par une inutilité manifeste. Même réservée aux mineurs, la qualification d'inceste n'ajoutait rien aux incriminations de viol et d'agression sexuelle, qui en intégraient déjà les manifestations dans leurs éléments de définition ou d'aggravation. Certes, elle présentait l'avantage, recherché par le législateur, d'une identification sociologique plus sûre de la criminalité ou de la délinquance en cause, avec des retombées escomptées pour en appréhender les méfaits particuliers sur les victimes. Mais rien de vraiment nouveau sur le plan pénal n'avait accompagné la réforme, ce qui fut une curieuse façon de faire du droit, par redondance ou superfétation[767] ».

Selon les travaux parlementaires, l'objectif poursuivi a été de permettre l'application de la loi aux infractions commises avant son entrée en vigueur, dans un but notamment statistique et pour ne pas reporter la « détection » de l'inceste aux seuls faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi[768]. Ni plus douce, ni plus sévère, l'application de cette loi semblerait immédiate.

Comme le souligne Philippe Bonfils, l'on retrouve une situation intéressante, et originale, du point de vue de la qualification. L'inceste - et les articles qui lui sont consacrés - sont mentionnés aux côtés des qualifications et des dispositions réprimant les faits. « En d'autres termes, la loi vient ici - seulement - imposer une qualification particulière. C'est dire, au passage, l'importance de la qualification en matière pénale, spécialement pour les victimes. Concrètement, l'inceste devra être mentionné dès l'engagement des poursuites, par le parquet, le juge d'instruction (tant qu'il existe...), voire même par la victime, dans une plainte ou une constitution de partie civile. Dans le cas particulier de la cour d'assises, la loi complète

[766] Circ. du Directeur des affaires criminelles et de grâces n° JUSD1003942C du 9 février 2010, p. 4.
[767] Y. MAYAUD, « L'inceste dans… l'illégalité », *Rev. Sc. Crim.*, 2011, p.830.
[768] « Délits et crimes incestueux : nécessité de définir précisément le "membre de famille" » (Cons. constit., déc. n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, M. Claude N.).

l'article 356 du Code de procédure pénale, qui prévoit désormais que la qualification d'inceste devra faire l'objet d'une question spécifique »[769]. Il s'agit ainsi, selon les termes retenus par la Chancellerie, d'une « *surqualification* » pénale qui s'ajoute à la qualification, qui n'entraîne pas d'aggravation de la peine et qui tend principalement à faire inscrire cette qualification au casier judiciaire[770].

Pour être réprimé par la loi pénale, l'inceste requiert deux conditions commutatives : une commission sur la personne d'un mineur, et au sein de la famille. En effet, seul un mineur peut être victime d'un inceste au sens pénal. Cette solution est discutable si l'on portait sur l'inceste un regard sociologique, psychologique ou psychanalytique. D'ailleurs, certaines associations de protection de l'enfance ont contesté cette restriction aux mineurs au motif qu'elle établissait une distinction en fonction de l'âge entre les victimes, alors que l'inceste reposerait, selon elles, davantage sur un lien entre l'auteur et sa victime. D'autre part, l'inceste ne peut être commis qu'au sein de la famille. Cette limitation a donné lieu à moins de discussion, en raison d'une conception assez large du cercle familial. Les textes visent ainsi « un ascendant, un frère, une sœur, ou toute autre personne, y compris un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait », dès lors que les faits sont commis « au sein de la famille ». Concrètement, la famille est ici entendue de deux manières complémentaires soit elle est induite par la relation intrinsèquement familiale entre l'auteur et la victime (ascendant, frère, sœur), soit la situation familiale permettra, de façon extrinsèque cette fois, de retenir l'inceste à l'égard d'autres personnes, comme le concubin d'un membre de la famille, et même toute personne ayant une autorité de droit ou de fait. Dès lors, sont susceptibles d'être concernés les cousins, les oncles, et, surtout, les compagnons de la mère. Après l'entrée en vigueur de la loi, la doctrine a pu écrire qu' « assez heureusement, le législateur ne se hasarde pas à définir la famille, et que la référence large à toute personne permet de contourner les difficultés qui naitraient nécessairement d'une conception figée de la famille[771] ».

[769] P. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *op. cit.*
[770] Circ. du Directeur des affaires criminelles et de grâces n° JUSD1003942C du 9 février 2010, *ibid*.
[771] *Id.*

L'insertion de l'inceste dans le Code pénal fut de courte durée, car la Chambre criminelle a renvoyé au Conseil constitutionnel le 27 juin 2011[772] une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 222-31-1 du Code pénal. Sans surprise, le 16 septembre 2011[773], le Conseil constitutionnel a déclaré cet article contraire à la Constitution. Le requérant invoquait la violation du principe de légalité des délits et des peines en ce que la nouvelle qualification pénale fait référence à la famille sans la définir. Il invoquait également la méconnaissance du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

Pour censurer l'article 222-31-1 du Code pénal, la Conseil constitutionnel a considéré que « s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux , il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ».

Il ne faudra attendre que six mois pour que la Cour de cassation saisisse le Conseil constitutionnel d'une seconde question prioritaire de constitutionnalité[774], portant cette fois sur l'article 227-27-2 du Code pénal. Le 17 février 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré cet article contraire à la Constitution[775] : « comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision du 16 septembre 2011, s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ».

---

[772] Arrêt n° 4006 du 22 juin 2011 -
[773] Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, *D*. 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN; *AJ pénal* 2011. 588, obs. C. PORTERON; *RTD civ.* 2011. 752, obs. J. HAUSER; *JCP* 2011, note 1160 LEPAGE ; *Dr. pén*. 2011, Comm. 130, VÉRON.
[774] Arrêt n° 7050 du 7 décembre 2011.
[775] Décision n°2011-222 QPC du 17 février 2012.

Pour autant, les deux décisions d'abrogation rendues par le Conseil constitutionnel n'ont pas mis en péril l'apport essentiel à notre sens de la loi du 8 février 2010 portant sur la présomption de contrainte qui peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime.

L'inceste : une incrimination spéciale réintroduite par la loi du 14 mars 2016. – Une loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfant, qui vise à renforcer et à améliorer la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a été dernièrement promulguée. Cette loi réintroduit, notamment, dans le Code pénal la notion d'inceste. Elle rétablit, en effet, les articles 222-31-1 et suivants du Code pénal, mais dans des termes plus clairs que la loi du 8 février 2010.

Aux termes de cette réforme, l'article 222-31-1 est rédigé ainsi : « les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. » Et l'article 227-27-2-1: « les infractions définies aux articles 227-25 à 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. » Fort des reproches ayant conduit à l'abrogation de la loi du 8 février 2010, le législateur a, cette fois, énuméré limitativement les personnes pour lesquelles le viol et l'agression sexuelle d'un mineur peuvent être qualifiés d'incestueux. Force est de constater que les critiques formulées par la doctrine relativement à la loi de 2010 peuvent être reprises intégralement s'agissant de cette loi du 14 mars 2016.

Section 2 - Les atteintes portées aux mineurs par omission

La dernière infraction entrant dans le cadre de la maltraitance est le délit de privation d'aliments et de soins. Il tend à réprimer une inaction condamnable imputable aux parents. Il sanctionne surtout une abstention coupable, qui peut se révéler lourde de conséquence pour l'enfant qui en est victime. La privation d'aliments et de soins trouve son origine dans la loi du 19 avril 1898 et marque l'achèvement d'un processus de prise en charge de l'enfance maltraitée.

Confrontée à des infractions voisines, la privation de soins en tant que nouvelle incrimination a connu une efficacité répressive réduite dans les premières années qui ont suivi son entrée en vigueur, du fait principalement d'une peine applicable aux auteurs jugée trop sévère par les juridictions de jugement. Pour autant, la privation de soins et d'aliments s'est rapidement orientée vers la protection particulière de l'enceinte domestique (**I**). D'autre part, face aux difficultés rencontrées dans la pratique pour poursuivre efficacement les auteurs de négligences, le Code pénal actuel a cru devoir recadrer l'incrimination de privation de soins et la rendre plus efficiente, notamment en accroissant son caractère autonome vis-à-vis du délit de violence, pour en faire *in fine* une infraction *sui generis*[776] (**II**).

I. La répression d'une abstention dans le cadre domestique

A la fin du XIXe siècle, le législateur a pris conscience que le droit, alors en vigueur, ne punissait pas « la privation de nourriture et de soins, souvent plus funeste à l'enfant, qu'une brutalité ou une blessure »[777]. C'est pourquoi, il convenait de trancher le « délicat problème de

[776] Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, 2003, n°112, p.66.
[777] Bérenger, rapporteur de la loi de 1898 au Sénat, cité par E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 312, n° 32.

l'assimilation de l'omission à la commission[778] », car l'arsenal répressif de l'époque ne permettait pas de sanctionner un tel comportement. En se fondant sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, la jurisprudence se refusait à opérer un amalgame entre les violences commises par action et les résultats dommageables subséquents à une abstention. La loi du 19 avril 1898 a pallié cette carence en créant l'infraction de « privation d'aliments et de soins à un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans ». L'enfance négligée n'a pourtant pas été protégée efficacement dès les premiers jours d'existence de cette infraction nouvelle. En effet, les peines, jugées excessives, prévues par le texte originaire ont rendu inopérant le résultat escompté (**A**). La doctrine et la jurisprudence n'ont néanmoins pas cessé de considérer le texte applicable exclusivement au milieu domestique, par l'imputabilité du comportement fautif aux seuls parents et personnes ayant autorité (**B**).

A. Une première tentative avortée

L'article 312 de l'ancien Code pénal dans sa rédaction issue des lois de 1898 et 1954, prévoyait, à partir de l'alinéa 6, une série d'aggravations lorsque des faits de maltraitance étaient commis sur la personne d'un mineur. Cette disposition visait, précisément, les coups et blessures ou de « privation d'aliments de soins à un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans ». Il s'ensuivait que la répression de la privation d'aliments ou de soins était donc assurée dans des conditions identiques à celles des violences sur mineurs de quinze ans. La peine applicable à l'auteur de privations était commandée par les conséquences que l'acte aura occasionnées sur la victime. Ainsi, à la veille du Code pénal actuel, les peines encourues variaient de un an à cinq ans d'emprisonnement en l'absence d'incapacité totale de travail supérieure à huit jours, à la réclusion criminelle à perpétuité en cas de décès du mineur, comme en matière de violences.

Cette sévérité apparente du texte a naturellement conduit les parquets à requalifier les poursuites entreprises du chef de privation de soins et d'aliments en poursuites fondées sur des infractions moins réprimés[779]. En pratique, les poursuites n'étaient donc plus fondées sur

[778] G. ROUJOU de BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, *op. cit.*, p. 483.
[779] G. ROUJOU de BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, *op. cit.*, p. 484.

l'article 312 du Code, mais sur l'article 357-1 3°[780], relatif à l'abandon matériel du foyer par les père et mère ayant compromis gravement la santé et la sécurité de leur enfant. Aussi, la position prise par les parquetiers ne pouvait être satisfaisante au regard de la protection des mineurs victimes. En effet, la peine encourue, qui ne pouvait excéder un an d'emprisonnement, était dérisoire au regard de la gravité de l'acte.

Tout aussi négligente au regard de la protection des mineurs que cela puisse paraître, cette pratique a été consacrée par la Chambre criminelle[781]. Dans l'espèce sur laquelle a été amenée à statuer la Cour de cassation, un père de famille a fait hospitaliser sa fille naturelle âgée de vingt-huit mois, qui souffrait d'un eczéma persistant. Après examen médical, il apparaissait que la fillette présentait de nombreuses et graves tuméfactions, des oedèmes ainsi que des traces de fractures. Le père attribua ces traumatismes à des chocs contre le lit ou des chutes pendant le sommeil. Or huit mois avant l'hospitalisation, le père qui vivait maritalement avec la mère de l'enfant, l'a quittée pour aller vivre avec une autre femme qui emmenait l'enfant en vacances. A son retour, il a pris l'initiative d'hospitaliser sa fille. Il contestait donc être l'auteur des violences qui s'étaient cependant étalées dans le temps. Le parquet l'a poursuivi pour défaut de soins prolongé et la cour d'appel de Nancy l'a condamné sur le même fondement. Dans la mesure où l'infraction de l'article 357-1 du Code pénal était caractérisée dans tous ses éléments, la Cour de cassation a estimé que les juges du fond avaient justifié leur décision. Mais, il s'avère que l'infraction de l'article 312 de l'ancien Code pénal l'était également.

---

[780] Art. 357-1 *(Ord. n°58-1298 du 23 décembre 1958*) : « Sera puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 500 F à 20.000 F :
1° Le père ou la mère de famille qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de l'autorité parentale 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 ;
2° Le mari qui, sans motif grave, abandonne volontairement, pendant plus de deux mois sa femme, la sachant enceinte ;
3° Les père et mère, que la déchéance de l'autorité parentale 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.
En ce qui concerne les infractions prévues au 1° et 2° du présent article, la poursuite comportera initialement une interpellation, constatée par procès-verbal, du délinquant par un officier de police judiciaire. Un délai de huit jours lui sera accordé pour exécuter ses obligations. Si le délinquant est en fuite ou s'il n'a pas de résidence connue, l'interpellation est remplacée par l'envoi d'une lettre recommandée au dernier domicile connu.
Dans les mêmes cas, pendant le mariage, la poursuite ne sera exercée que sur la plainte de l'époux resté au foyer »
[781] Cass. crim. 16 janvier 1974, *Rev. Sc. Crim*. 1974, p. 96, obs. LEVASSEUR.

Si cette décision paraît incontestable du point de vue de l'application de la règle de droit, en matière de politique criminelle il en est autrement. Devant des faits de négligences de nature à compromettre la santé de l'enfant, quelle incrimination choisir ? Il semble, en effet, que les articles 312 et 357-1 3° puissent s'appliquer à une même situation. Le premier texte vise la « privation d'aliments ou de soins au point de compromettre » la santé de l'enfant, tandis que le second réprime le défaut de soins d'un parent qui compromet gravement la santé de son enfant. En tout état de cause, il s'agit d'une imperfection textuelle à laquelle le législateur de 1992 a remédié. Les textes d'incriminations de privation de soins et d'abandon matériel du foyer par les père et mère[782] ont été modifiés pour éviter un chevauchement inopportun entre les deux infractions[783].

B. Une infraction délibérément domestique

Bien que le caractère foncièrement domestique de cette infraction soit devenu incontestable en 1981, la question pouvait légitimement se poser dans les versions antérieures du texte. La loi du 2 février 1981 a intégré la privation de soins dans un alinéa particulier pour lui conférer un caractère exclusif quant aux personnes pouvant s'en rendre coupables[784]. Il en résulte qu'à la vieille de l'entrée en vigueur du Code pénal actuel, la privation de soins ne sanctionnait que « les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou à toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou chargées de sa garde ». Mais à l'issue des premières réformes relatives à cette abstention, l'article 312 n'envisageait plus de façon exclusive la répression des parents de la victime. Aux termes de l'alinéa 6 de l'article 312, la privation de soins s'appliquait indistinctement à tout individu dès lors que l'incapacité de travail était inférieure à vingt jours.

---

[782] Art. 227-17 (Ord. nº 2005-759 du 4 juillet 2005) : « 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 3º de l'article 373 du Code civil ».

[783] « Il peut être noté à cet égard que la formulation de l'article 227-15 reprend pour partie celle du 3° de l'actuel article 357-1 qui réprime l'abandon matériel du foyer. Le législateur entérine ainsi une pratique largement répandue consistant aujourd'hui à recourir à ce texte pour correctionnaliser des faits qui constitueraient des crimes en application de l'article 312 », Circ. 14 mai 1993, art. 217.

[784] Art. 312 alinéa 3 issu de la loi du 2 février 1981 : « Les privations de soins et d'aliments imputables aux père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou à toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou chargées de sa garde, seront punies suivant les distinctions prévues à l'alinéa précédent ».

Toutefois, selon la doctrine, l'expression « privation d'aliments ou de soins » impliquait le comportement d'une personne devant avoir l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant[785]. Exception faite de la non-assistance à personne en danger, toutes les infractions d'omission sont conditionnées par une obligation. L'arrêt Monnier rendu par la cour d'appel de Poitiers avait indiqué s'agissant d'une espèce relative à la maltraitance d'une majeure incapable que « la loi impose que le mineur, ainsi privé de soins, était confié, tout au moins pour les recevoir, à celui qui les a refusés[786] ».

Pour certains auteurs, les dispositions de l'alinéa 6 de l'article 312 n'ont vocation à s'appliquer qu'aux violences au sens large, et non à la privation. Il serait donc contraire à la lettre de la loi de retenir cette infraction à l'encontre d'une personne qui n'aurait aucune obligation envers la victime. Selon les partisans de cette doctrine, l'alinéa 6 de l'article aurait visé à tort la privation de soins sans lui adjoindre la liste des auteurs pouvant s'en rendre coupables[787]. Autrement dit, l'auteur de privation de soins encourait une peine comprise entre trois et dix ans d'emprisonnement prévue à l'alinéa 8 de l'article 312, et nullement un emprisonnement de un à cinq ans tel qu'il ressort de l'alinéa 6.

En conséquence, il apparaît que l'incrimination de privation de soins ait eu pour unique objet de protéger l'enfant des négligences qu'il pouvait subir dans le cadre domestique[788]. Ceci est d'autant plus évident que la jurisprudence sur les personnes ayant une autorité de fait sur la victime s'est très largement appliquée à cette infraction[789]. Finalement, le délit de privation de soins et d'aliments a été annonciateur de l'évolution de la dénomination des parents auteurs. En effet, l'ordonnance du 4 juillet 2005[790] a mis un terme définitif aux débats portant sur les

---

[785] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art. 312, n° 34.

[786] La cour d'appel avait pris soin d'exclure l'application de l'art. 312, et par la même avait tranché la question du champ d'application de l'infraction de privation de soins sur mineurs. Poitiers 20 novembre 1891, *S*. 1902, 2, 305, note HEMARD ; *D*. 1902, 2, 81, note LE POITTEVIN.

[787] LE POITTEVIN, sous l'arrêt du 20 novembre 1891, *op. cit.*

[788] Cette affirmation ne va pas à l'encontre de l'analyse réalisée par une partie de la doctrine qui affirme qu'il ne s'agit pas « d'une infraction intra-familiale » (M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°297, p. 308). En effet, les termes employés par l'art. 312, puis par l'art. 227-15 C. pén., vise à l'instar de ceux utilisés pour aggraver toutes les infractions protégeant les mineurs, la grande catégorie des personnes ayant autorité, ce qui permet d'y inclure nécessairement les membres de la famille nucléaire, mais également tous ceux qui dans un univers cloisonné et privilégié viennent causer du tort à l'enfant. La « maison », au sens large du terme, est donc réellement protégée.

[789] M. VERON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 180.

[790] Ord. n° 2005-759, 4 juillet 2005, art. 19 I.

filiations pour lesquelles doit s'appliquer le texte. Dès lors, le délit de privation d'aliments ou de soins peut sanctionner le comportement de tout ascendant.

II. Les enjeux de la réforme de 1992

Le Code pénal actuel a vu l'avènement de la réforme relative à l'infraction de privation de soins. Par cette réforme, le législateur a entendu protéger davantage les mineurs contre les abstentions blâmables imputables à ceux qui ont la charge d'assurer leurs soins. Ceci a pu être mis en œuvre grâce à un régime juridique spécifique (**A**). Toutefois, cette volonté louable ne semble pas être parvenue jusqu'à son point d'achèvement et des critiques peuvent encore être émises (**B**).

A. Un régime juridique spécifique révélateur d'une protection accrue des victimes

En optant pour un régime juridique spécialement repensé, l'article 227-15 du Code pénal a tenté de renouer avec les positions prises par l'ancien Code pénal pour les infractions spécifiques de parricide et d'infanticide. C'est, d'abord, par un régime juridique orienté vers une certaine autonomie par rapport aux infractions de violences, que le législateur a tenté de conférer à l'infraction de privation de soins un caractère particulièrement protecteur des mineurs. Ce faisant le législateur a transformé une infraction matérielle controversée en délit incontestablement formel. Grâce à la nature formelle de l'infraction, le régime spécifique ainsi institué est remarquable par l'impossibilité pour les plaideurs de se retrancher derrière une quelconque cause d'irresponsabilité fondée notamment sur l'absence de conséquences dommageables de son acte.

Une infraction autonome et formelle. - A la différence des violences sur mineurs, la privation de soins est intégrée dans les dispositions du chapitre VII de l'actuel Code pénal, consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille et précisément au sein d'une section V intitulée de la mise en péril des mineurs. Aussi, il est heureux de voir que le législateur a regroupé certains actes

commis sur les mineurs dans une même partie du Code. Ceci traduit sa volonté d'envisager les infractions commises envers les mineurs comme des infractions particulières. La doctrine estime unanimement, aujourd'hui, que le délit prévu et réprimé à l'article 227-15 du Code pénal est une infraction *sui generis*[791]. Il est, toutefois, regrettable qu'il n'en soit pas ainsi pour les violences.

Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la doctrine s'était interrogée sur le point de savoir si la privation de soins devait nécessairement avoir entraîné des conséquences dommageables à la victime pour être constituée. Le questionnement était légitime dans la mesure où, contrairement au régime des violences, aucune gradation de peine n'était clairement exprimée en fonction de la gravité du dommage. Dans sa version primitive[792], l'article 312 du Code pénal disposait que : « … privé des aliments et des soins nécessaires, de façon à compromettre gravement sa santé, même si ces violences, voies de faits, privation systématique de soins et de nourriture n'ont occasionné aucune maltraitance ou incapacité de travail de plus de vingt jours ». Après examen devant la commission du Sénat, ce membre de phrase a été purement et simplement supprimé de l'article 312. Dans sa forme définitive et après discussion, seuls les mots « au point de compromettre la santé » ont été rétablis. Les auteurs de l'époque en ont déduit que le délit ne serait pas constitué si, en pratique, la santé de l'enfant n'avait pas été altérée : « le délit ne punit que le résultat effectivement réalisé alors qu'il n'en serait pas de même en cas de coups et blessures portés à un mineur de quinze ans »[793]. La nécessité de constater l'existence d'un dommage subi par l'enfant victime est restée d'actualité[794] jusqu'à l'intervention du législateur de 1992 qui a repensé le délit, en réécrivant son incrimination. Avant l'entrée en vigueur du Code pénal actuel en 1994, le délit de privation de soins apparaissait sans conteste comme une infraction de résultat, à l'instar des autres types de violences.

La rédaction de l'article 227-15 du Code pénal actuel laisse moins de place à la polémique. Outre une autonomie par rapport aux infractions impliquant la commission d'un acte positif de violence, l'article 227-15 rompt avec l'article 312 en ne faisant plus référence aux

[791] Ph. CONTE, *op. cit.,* n°112, s..
[792] Version votée par la Chambre des députés.
[793] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté*, *op. cit,* art. 312, n°33, p.92.
[794] *Cf.* notamment : Cass. crim 7 décembre 1976, pourvoi n° 76-90.724.

conséquences dommageables des privations, pour déterminer la peine applicable. Les dispositions nouvelles se présentent donc de manière plus simple que celles de l'ancien article 312. Selon la circulaire de 1993, « il a paru quelque peu artificiel de moduler la peine en fonction de la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique causée par les privations comme c'est le cas en matière de violences ». Suivant une même logique, l'aggravation de la répression liée au caractère habituel des privations a été supprimée, tant il est difficile de concevoir des privations répréhensibles qui ne soient pas habituelles. En ne nécessitant plus de conséquences dommageables à l'encontre de la victime, sauf lorsque la mort s'en est suivie[795], le délit de privation de soins est devenu une infraction formelle. Ainsi, le délit est consommé « dès avant qu'un préjudice se produise et même en son absence[796] », ceci s'expliquant par l'utilisation des termes « au point de compromettre ».

L'infraction formelle[797] est celle qui consiste en un comportement réprimé indépendamment de son résultat éventuel[798]. Du point de vue des valeurs protégées, il est permis de distinguer, en droit pénal, entre « d'une part le préjudice que le délinquant inflige à un intérêt protégé par la loi pénale, et d'autre part le moyen qu'il a utilisé pour faire ce mal[799] ». A ce titre, l'infraction formelle sera celle que la loi définit comme « un comportement qui est de nature à porter atteinte à un intérêt protégé, mais sans se soucier du point de savoir si le dommage envisagé s'est ou non produit[800] ». Le comportement délictueux sera punissable, peu important, la réaction de la victime face à l'atteinte. Selon la doctrine, ce sont les intérêts socialement les plus précieux qui sont défendus par les infractions formelles[801]. Ceci s'explique également, par la facilitation de la constitution de l'infraction, celle-ci ayant lieu avant même que le résultat dommageable se produise. Autrement dit, sur le terrain de l'*iter criminis*, l'infraction se trouvera consommée plus précocement. En tout état de cause, en classant le délit de privation de soins dans la catégorie des infractions formelles, le législateur a marqué, une fois de plus, sa volonté de rendre plus opérante la répression des actes commis à l'encontre des mineurs et ainsi de protéger au mieux l'état de faiblesse.

---

[795] Art. 227-16 C. pén. Actuel : « L'infraction définie à l'article précédent est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime ».
[796] Ph. CONTE, *op. cit.*, n°115, p.67.
[797] Sur l'infraction formelle, cf. l'étude de P. SPITERI, « L'infraction formelle », *Rev. Sc. Crim*., 1966, p. 498.
[798] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit*., n°460.
[799] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6e édition, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2005, p.211.
[800] *Ibid*., p. 212.
[801] *Id.*

Une infraction injustifiable. - Du fait de l'intention qu'il requiert, le délit de privation de soins ne semble admettre aucune justification de nature à exonérer l'auteur de sa responsabilité pénale. En effet, l'élément intentionnel de l'auteur de ce délit réside non pas dans la volonté de violer de façon manifestement délibérée[802] une obligation légale de soins et d'aliments, mais simplement dans la conscience de priver de soins ou d'aliments un enfant placé sous son autorité[803]. Il s'ensuit que l'absence de connaissance du texte ou l'erreur de droit inhérente à la décision conférant l'autorité à l'auteur du délit ne saurait justifier l'acte incriminé. En outre, il importe peu de s'interroger sur la situation à l'origine d'un tel comportement, et par-là même de rechercher s'il existait ou non pour l'auteur des faits justifiant cette privation. Il paraîtrait, en conséquence, plus opportun d'intituler le délit de l'article 227-15 du Code pénal : « absence de soins », que privation de soins. L'absence reflète davantage l'état de fait condamné par le Code que la privation qui implique une réelle intention de ne pas pourvoir aux soins et à l'alimentation de l'enfant. Certains auteurs ont néanmoins considéré que les parents pouvaient se soustraire à la répression pénale en arguant de leur situation financière, les mettant dans l'impossibilité de subvenir aux besoins de leurs enfants[804]. Il peut leur être objecté un certain nombre de critiques[805]. D'abord, cette cause d'irresponsabilité pénale ne figure dans aucun texte et ne possède donc aucune légitimité normative. Ensuite, ce raisonnement semble ignorer l'essence même de l'infraction de privation de soins qui consiste, pour partie, en la répression d'un défaut de socialisation de l'enfant. Le devoir de socialisation qui incombe aux parents ou aux adultes censés assumer l'éducation de l'enfant, ne doit pas être associé de façon inextricable à leur sort. Autrement dit, si les parents ne sont pas en mesure de s'occuper de leurs enfants, rien ne les empêche de faire en sorte que la santé de ces derniers « ne pâtisse pas de leurs malheurs[806] ». De cette dernière observation, il peut être déduit l'admission du fait justificatif d'état de nécessité, dès lors que le prévenu parvient à démontrer une incapacité des pouvoirs publics à prendre en charge l'enfant. Toutefois, cette cause d'irresponsabilité ne pourra être retenue, nous semble-t-il, que si les démarches

---

[802] A rapprocher de la notion de « violation manifestement délibérée » de l'art. 121-3 C. pén., Y. MAYAUD, « Les violences non-intentionnelles après la loi du 10 juillet 2000 », *Rev. Sc. Crim*. 2001, p. 156.
[803] J. PRADEL et M. DANTI JUAN, *Manuel de droit pénal spécial*, *op.cit*., n°580, p.405.
[804] R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, tome 3 : droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1736 et s.
[805] J. AMAR, *JCl. Pén.*, v° « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », mars 2005, fasc. 20, n°6, p.3.
[806] *Id.*, et l'auteur d'ajouter : « il ne saurait y avoir en jurisprudence une approbation du comportement des parents du petit Poucet ».

nécessaires auprès des autorités ont été réalisées avec diligence. Enfin, certains auteurs estiment nécessaire de préciser que lorsque la privation d'aliments se fonde sur la nécessité de l'éducation, le délit ne doit pas faire l'objet de poursuites. Mais, ces derniers s'empressent d'ajouter, à juste titre, que si la privation de dessert ou de dîner est une privation d'aliments au sens de l'article 227-15 du Code pénal, il n'en demeure pas moins qu'une « telle privation se trouve justifiée par les usages en vigueur dans l'éducation des enfants » et surtout qu'elle « ne compromet pas gravement la santé » de la victime potentielle[807].

B. Une répression encore imparfaite

Le Code pénal de 1992 retient finalement deux degrés de répression. D'abord, si la privation d'aliments ou de soins a compromis la santé du mineur, la peine sera au terme de l'article 227-15 de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Ensuite, si ces privations ont entraîné la mort de la victime, une peine de trente ans de réclusion criminelle pourra être appliquée à l'auteur selon l'article 227-16. Notons que sont également applicables les peines complémentaires prévues par l'article 227-29[808].

Ce cantonnement à deux degrés de répression est très largement critiquable. On peut reprocher, en effet, au législateur de ne pas avoir envisagé des paliers de répressions intermédiaires en se fondant sur les mêmes critères que la violence. La principale critique tient dans le fait que rien n'est prévu pour réprimer plus sévèrement l'auteur de privations ayant entraîné une infirmité ou une mutilation (perte de la vue pour les enfants sous-

[807] J. PRADEL et M. DANTI JUAN, *Manuel de droit pénal spécial*, *op. cit.,* p.405.

[808] Art. 227-29 : « Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes :
1º L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités définies à l'article 131-26 ;
2º La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;
3º L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;
4º L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de quitter le territoire de la République ;
5º La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
6º L'interdiction, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs ».

alimentés) ou une incapacité de plusieurs semaines. En d'autres termes, l'auteur encourt soit une peine de sept ans d'emprisonnement qu'il y ait ou non des conséquences dommageables pour la victime, soit une peine de trente ans de réclusion si la privation a causé la mort.

Bien que s'agissant de l'état du droit positif, il est dangereux de considérer que la sanction prévue à l'article 227-15 du Code pénal s'entend comme un maximum de la peine applicable en l'absence d'issue mortelle pour la victime, ce qui suggèrerait que le juge puisse choisir la peine dans cet éventail. L'auteur de privations ayant entraîné une mutilation pourrait être puni d'une peine ne pouvant excéder sept ans d'emprisonnement, alors que si la mort de l'enfant en était la conséquence, la sanction serait la réclusion criminelle pour une durée de trente ans. Ainsi, il n'existe aucune peine intermédiaire reflétant la réalité des conséquences engendrées par les actes d'abstention punissable au travers de l'article 227-15 du Code pénal. Pour remédier à cette imperfection législative, certains auteurs préconisent de calquer la répression de la privation de soins sur le régime des violences[809] en rendant la peine applicable en fonction de la gravité des séquelles subies par la victime. De cette manière, la volonté de protéger les plus faibles continuera à être « le *leit motiv* » comme cela a pu être le cas lors de « l'élaboration de cette partie du Code »[810].

[809] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°298, p. 309.
[810] *Id.*

TITRE 2

UNE PROTECTION DE LA VICTIME DANS SON MILIEU CONJUGAL

Le terme de « couple » désigne couramment deux choses de la même espèce, mises ou considérées ensemble. Toutefois la première occurrence des dictionnaires classiques de langue française, fait référence au « mari et la femme, l'amant et l'amante, ou deux personnes vivant ensemble dans des relations d'amitié ou d'intérêt » pour le Littré[811] et plus précisément à « deux personnes unies par le mariage, liées par un PACS ou vivant en concubinage », pour le Petit Larousse[812]. Pour cette dernière définition, il s'agit d'emblée d'une entité qui est appréhendée par le droit.

Pour autant, le terme de couple était absent du Code civil de 1804. Ce n'est qu'en 1994 qu'il est consacré, dans les textes régissant la procréation médicalement assistée[813], le législateur souhaitant viser les couples mariés comme les concubins. En effet, pendant longtemps, le seul couple envisagé par la loi était le couple marié. Mais, face au développement quantitatif des couples non mariés, à la montée de l'individualisme, à l'évolution des mœurs (reconnaissance légale et de la dépénalisation de l'homosexualité au mariage pour tous)... le législateur n'a eu d'autres choix que de s'adapter afin de coller à la réalité. Ainsi a-t-il donné une définition

[811] P.-E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, Monte Carlo, 1968, v° « Couple ».
[812] *Le Petit Larousse illustré*, *op. cit.*, v° « Couple ».
[813] *Cf*. Art. L. 2141-2 du C. de la santé publique qui énonce les conditions requises pour le recours à l'assistance médicale à la procréation.

juridique du concubinage et institué le PACS, par la loi du 15 novembre 1999. L'article 515-1 du Code civil dispose qu' « un 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 ». Et l'article 515-8 du même Code définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Il n'y a donc pas un ensemble de règles cohérent et complet qui lui soit applicable, au contraire, le concubinage n'est encadré par aucune règle civile spéciale, c'est une façon de vivre en couple « hors le droit »[814].

Il existe donc désormais trois formes d'union entre deux personnes qui sont appréhendées par le droit : le mariage, le PACS et le concubinage. Les trois se rejoignent sous le terme de « couple », vocable unique qui masque cependant des disparités profondes. Le mariage est défini par Carbonnier comme la « plus vielle coutume de l'humanité »[815]. C'est un acte juridique solennel, par lequel un homme et une femme, d'un commun accord, décident de s'unir et d'adhérer à un statut légal préétabli, celui des gens mariés[816]. Et Carbonnier d'ajouter que c'est « l'acte fondamental qui crée la cellule familiale et assure, dans les meilleures conditions, la perpétuité de l'espèce...Tout le droit de la famille est traditionnellement ordonné autour de lui »[817].

De façon générale, la notion de couple a évolué et les règles formant le droit du couple ont dû être revisitées pour s'adapter à cette évolution, comme ce fut le cas avec la création du PACS et la définition du concubinage. Mais au-delà du clivage entre ces trois formes légales de conjugalité, il semble que s'opère aujourd'hui une convergence entre elles dans le sens de ce que beaucoup appellent « un droit commun des couples »[818]. Celui-ci va dans le sens d'une protection de plus en plus accrue du couple et *a fortiori* des individus résidant sous le même toit.

---

[814] D. FENOUILLET*, Droit de la famille,* Paris, Dalloz, 2008, p. 213.
[815] J. CARBONNIER, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Paris, LGDJ, 1950, p. 325.
[816] P. COURBE, Droit de la famille, Paris, Sirey 2008, p. 17.
[817] J. CARBONNIER « Terre et ciel dans le droit français du mariage »,*op. cit, p. 325 et s.*
[818] *Cf*. sur la question X. LABBEE, F. TERREE, K. BENMBAREK-LESAFFRE, et *al*., « Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple ? », actes du colloque de l'Institut du droit et de l'éthique de l'Université de Lille II du 11 mai 2007, *Petites Affiches*, n° spécial, 20 décembre 2007, n°254.

« S'il est vrai que les concubins ne veulent pas du mariage, est-il bien sûr qu'ils ne se sentent aucunement tenus l'un envers l'autre ? Peut-on véritablement vivre "en commun" avec quelqu'un "de façon stable et continue" sans être tenu d'un minimum d'obligations envers lui ?»[819]. Aussi la doctrine propose-t-elle de construire un régime primaire du couple sur les trois notions suivantes : le domicile du couple (déterminer le domicile du couple revêt une grande importance en matière de violences conjugales...), l'aide matérielle et la solidarité des dettes ménagères du couple[820], renforçant la consécration jurisprudentielle d'un devoir de cohabitation, du respect et de loyauté communs aux trois formes de couple.

Le droit et particulièrement le droit civil ne doit donc pas, pas plus qu'il ne le peut, se désintéresser du couple, ce dernier étant l'élément fondateur de la famille. Mais qu'en est-il du droit pénal ? La question de l'appréhension de la notion de couple par le droit pénal se détache des autres en ce sens que, le droit pénal repose sur le principe de la responsabilité personnelle. Il n'envisage la personne physique ou morale que dans sa singularité[821], indépendamment de sa qualité ou de son état. Or, ni la famille ni le couple ne constitue une personne, et n'est donc pas un sujet de droit pénal. Le terme même de couple n'apparaît dans le Code pénal qu'à quatre reprises pour sanctionner certaines règles en matière de procréation[822] et il n'apparaît pas dans le Code de procédure pénale.

Un tel constat ne doit pas conduire à conclure que le droit pénal ignore les unions car cela serait se méprendre. La vocation du droit pénal étant de régir les rapports au sein de la société, il ne s'abstient d'appréhender le couple qui est un des fondements de cette société qui se trouve au centre de la formation du foyer. Ainsi le droit pénal ne fait pas une totale abstraction de ce qui se lie entre les membres du couple. En la matière le droit pénal a, en effet, une finalité plus large que de légiférer autour de la notion de solidarité. Mais plus que la solidarité, ce sont les obligations induites par l'union maritale ou hors mariage qui donnent au droit pénal, sa vocation à intervenir.

---

[819] X. LABBEE « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *AJ famille*, 2008, n° 3, p. 112.
[820] X. LABBEE, F. TERREE, K. BENMBAREK-LESAFFRE, et al., *op. cit*.
[821] Art. 121-1 C. pén. « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».
[822] Art. 227-12 al.2 ; 511-10 ; 511-13 et 511-23 C. pén.

Fort de ce constat, nous il convient de nous intéresser aux orientations prises par les législations successives et aux méthodes utilisés pour parvenir à une meilleure protection de la partie faible au sein du couple. Cette analyse se fera sous l'angle d'une part, de la prise en compte du lien de conjugalité par le droit pénal (**Chapitre 1**) et d'autre part, de l'immixtion de la justice civile et pénale dans un domaine qui relève de l'intime et du secret : les relations sexuelles entre conjoints (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

LA PRISE EN COMPTE DU LIEN DE CONJUGALITE DANS LES ACTES INFRACTIONNELS

Les actes commis au sein du couple ont été longtemps un sujet tabou, couvert par le secret domestique. Relevant du cercle privé, ces infractions permettaient de régler les différends conjugaux, sans que le droit pénal n'ait à s'y intéresser. Nous sommes dans ce domaine au cœur une fois encore de la délinquance domestique.

Ainsi que nous l'avons évoqué plus haut, absent du droit pénal durant des siècles, du XIIe au XVIIIe siècle, les violences conjugales étaient même légitimées par le droit de correction. Ainsi, rappelons qu'au XIIIe siècle, la coutume du Beauvaisis affirmait qu' : « il est bien à l'homme de battre sa femme, sans mort et sans meshaing (sans mauvais traitement), quand elle dénie son mari. » et qu'en 1810 encore, le Code pénal autorisait l'homicide de la conjointe en cas d'adultère. Mais les lois ont évolué timidement vers la reconnaissant la violence conjugale comme un interdit. Pendant longtemps, en effet, la violence contre les femmes n'a pas intéressé les pouvoirs publics. Dans l'intimité même de la vie privée et familiale, elle ne présentait aucunement les critères d'un trouble à l'ordre public auquel l'Etat devait mettre un terme. Puis ce phénomène a commencé à émerger à travers un certain nombre d'enquêtes, pour devenir un des problèmes de santé publique les plus importants de ce début de XXIe siècle[823]. Comme le souligne liminairement Elise Gherson, dans sa thèse intitulée la violence domestique : « cette violence insidieuse, diffuse ou brutale, occasionnelle ou fréquente, se manifeste sous des formes très diverses : psychologique, économique, physique. Allant de

[823] D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D*. 2006 p.2350.

subtiles vexations à des coups qui, souvent, peuvent être fatals. Elle traduit chez son auteur, un homme dans la majorité des cas, un besoin de domination provenant le plus souvent d'un complexe d'infériorité dont les origines sont multiples. Puisant ses racines dans les relations inégalitaires entre homme et femme, elle constitue parfois une revanche à la perte de privilèges traditionnels. Ce phénomène n'épargne aucun pays et n'est pas le fait des pays les moins favorisés. Des organismes internationaux tels que le Conseil de l'Europe ont enfin pris conscience du problème. Dès le 26 mars 1985, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adressait aux Etats membres une large recommandation sur la violence au sein de la famille, pour les inciter, notamment à sensibiliser l'opinion publique sur l'ampleur, la gravité et les traits particuliers des violences...en vue de lutter contre ce phénomène. Les pouvoirs publics nationaux ont longtemps tardé à réagir et à adopter des réglementations spécifiques en la matière qui sont encore inconnues dans de nombreux pays[824] ».

Les violences conjugales devenant un véritable problème sociétal, le législateur a fortement réagi en prévoyant un dispositif très diversifié, marqué par une double optique de répression et de prévention. L'aspect répressif s'est concrétisé dans un durcissement de la répression des violences et la pénalisation des violences sexuelles au sein du couple. L'aspect préventif est quant à lui diversement abordé par les réformes successives. La prise de conscience nationale s'est doublée d'une prise de conscience internationale, européenne et communautaire. Au niveau international, le combat déjà ancien se focalisait sur la notion d'inégalité entre les sexes pour mettre en exergue, ultérieurement, le problème spécifique de la violence envers les femmes[825]. Ce phénomène est désormais reconnu comme une violation des droits de la personne et des libertés fondamentales et englobe les violences conjugales. Au niveau européen, la volonté de lutter contre les violences domestiques s'est récemment matérialisée à travers un certain nombre d'initiatives[826]. Les réactions n'ont pas tardé à se faire entendre sur le plan communautaire qui prône la tolérance zéro à l'égard des violences contre les

[824] E. GHERSON, *La violence domestique,* thèse de doctorat de droit, Université de Nice, Nice, 2005.
[825] Résolution 48 /104 du 20 déc. 1993 des nations unies : déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes. de plus le programme d'action de pékin, adopté le 15 sept. 1995 à l'issue de la 4e conférence mondiale sur les femmes, invite les gouvernements à mener des actions pour prévenir et éliminer les violences envers les femmes.
[826] Recommandation 1681 (2004) de l'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe intitulée « campagne pour lutter contre la violence domestique à l'encontre des femmes en Europe ».

femmes[827] et s'engage dans une lutte générale contre la violence, la traite des êtres humains, les abus sexuels et la pornographie sur le modèle de la Commission européenne qui a engagé un programme d'action communautaire, dit programme Daphné, dont l'objectif est de prévenir et combattre toutes les formes de violence survenant dans la sphère publique ou privée dirigées contre les enfants, les adolescents et les femmes.

Les réformes législatives en matière pénale ont évolué très nettement ces dix dernières années en faveur d'une plus grande protection de la partie faible, le plus souvent au bénéfice de la femme. Cette réalité se traduit par les titres donnés aux différentes lois[828]. Deux séries de mesures ont permis d'y participer. D'abord le législateur, après avoir totalement ignoré le couple comme un terrain particulièrement criminogène et même excusé certains comportements, a décidé d'édicter une nouvelle circonstance aggravante (**Section 1**). La seconde démarche a consisté pour le législateur à agir sur le fond, en créant une nouvelle infraction de harcèlement et en réformant la répression des homicides volontaires (**Section 2**)

Section 1 - Une réforme portant sur l'aggravation

La prise en compte du « couple » par le droit pénal n'est pas sans poser des difficultés théoriques et pratiques. Ces difficultés sont essentiellement liées à l'évolution du droit civil relatif au couple marié et surtout aux relations déterminées au sein du couple par le Code civil. Ces dernières ont engendré une inégalité juridique des sexes qui a emporté une inégalité de traitement des victimes (**I**). Force est de constater que l'évolution de la protection des individus composant le couple a suivi la décadence de la notion de puissance maritale. Dès lors que la puissance conférée au mari s'est effacée, la protection du couple et de sa partie faible s'est accrue. Cette protection naissante n'a pu voir le jour que par l'instauration d'une nouvelle circonstance aggravante portant sur un nombre de plus en plus important

[827] Séance du 16 sept. 1997 du parlement européen, résolution sur la nécessité d'une campagne européenne de tolérance zéro à l'égard de la violence contre les femmes.
[828] *Cf*. notamment : la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants »

d'infractions et ce, par touches successives (**II**)

I. Une inégalité juridique des sexes emportant une inégalité de traitement des victimes

Pour comprendre la protection que le droit pénal a accordée au couple, il est nécessaire de s'intéresser à deux notions. La première est essentielle, il s'agit de la puissance maritale **(A**). La seconde peut être analysée comme une conséquence de la première : l'adultère (**B**).

A. La puissance maritale

Il nous a paru nécessaire de faire un état de l'évolution historique de la notion de puissance maritale pour comprendre sa genèse et surtout comment celle-ci a pu être appréhendée au XIXe siècle avant de nous parvenir aujourd'hui.

Dans l'Ancien Droit romain.- La puissance maritale appelée *manus* donnait au mari une puissance complète sur sa femme, celle-ci était atteinte d'une incapacité de jouissance et ne possédait aucun patrimoine. Selon Messieurs Lévy et Castaldo, ce système était sous-tendu par une conception des rôles respectifs du mari et de la femme[829] . Alors que la femme dirige les servantes et élève les enfants, le mari a une mission politique, au *forum*. A l'époque romaine classique, la *manus* décline. L'union d'un homme et d'une femme est assimilable à un mariage entraînant l'obligation de fidélité et la légitimation des enfants. Toutefois, la femme est totalement libre et se trouve en dehors de la famille. Aussi les époux sont des « étrangers » l'un par rapport à l'autre, chacun disposant de son propre patrimoine[830] et l'épouse n'a aucun droit sur ses propres enfants. Le sénatus-consulte Velléien interdit aux femmes même mariées,

[829] J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit*. n°106, p. 118.
[830] à l'exception de la dot.

d'intercéder pour autrui, aussi la femme s'engage par tous les actes qu'elle consent[831], toutefois, elle ne peut s'engager pour autrui. A cette époque, le mariage peut être dissout facilement par le divorce. Au Bas-Empire, après quelques tentatives d'Auguste, c'est l'Empereur Constantin qui sera le premier à édicter une réglementation draconienne contre l'adultère commis par l'épouse et a limité les divorces. Se trouve ainsi rétablie la notion de puissance maritale.

L'Ancien Droit. - L'Ancien Droit français est, quant à lui, marqué par la tradition chrétienne, dans laquelle s'opposent deux tendances contraires. D'une part, la Bible considère les hommes et les femmes comme égaux : « il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus-Christ[832] » ou encore « car, de même que la femme a été tirée de l'homme, de même l'homme existe par la femme, et tout vient de Dieu[833] ». A contrario, saint Paul a employé une formule qui deviendra célèbre : « le mari est le chef de la femme[834] », comme le Christ est le chef de l'Eglise. Selon cette seconde tradition, les femmes doivent être soumises à leur mari comme à un maître, et même le craindre[835]. Pour parler du mari, dans le droit coutumier du XIIIe siècle, Beaumanoir utilise fréquemment l'expression « baron de sa femme[836] ». Le livre de Jostice et de Pled appelle le mari le « seigneur » et précise que le mari est « bail de sa femme », ce qui correspond à une relation équivalente à la tutelle et à la gestion des biens de la femme[837]. Pour le Très ancien coutumier de Normandie, « la femme doit obéissance à son mari dans beaucoup de choses, dans la plupart des choses, et presque pour chaque chose ». La seule exception serait lorsque le mari lui commande de faire quelque chose contraire à Dieu et aux bonnes mœurs. Le droit de correction est rapporté par Beaumanoir, au XIIIe siècle, dans la coutume du Beauvaisis : « il est bien à l'homme de battre sa femme, sans mort et sans meshaing (sans mauvais traitement), quand elle dénie son mari[838]. » La *Summa de legibus Normanie* fait savoir que la justice ne doit pas aller inquiéter un chef de famille pour les coups

---

[831] E. SALVAT, *Du sénatus-consulte Velléien et de l'incapacité de la femme mariée, en droit français,* Paris, Imprimerie et Librairie Charles Noblet, 1876
[832] Epître aux Galates 3 ; 1.
[833] 1ère Epître aux Corinthiens 11 ; 12.
[834] Lettre de saint Paul Apôtre aux Ephésiens, 5, 23.
[835] *Cf.* notamment 1ère Epître aux Corinthiens, XI, 3 et 10, la Genèse, III, 16.
[836] J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit*., n°108, p. 119 ; les auteurs précisent que le terme baron signifie simplement « homme » ou « mari », mais avec une nuance de supériorité.
[837] Livre de jostice et de pled, IV, 11.
[838] Ph. de BEAUMANOIR, *op. cit*, §1631.

qu'il donne à ses enfants, ses domestiques et à sa femme[839]. Le coutumier de Bruges au XIVe siècle disposait que : « le mari qui bat sa femme, la blesse, la taillade de bas en haut et se chauffe les pieds dans son sang, ne commet pas d'infraction s'il la recoud et si elle survit ». S'agissant de la capacité juridique de la femme mariée, une distinction s'opère entre pays de droit coutumier et pays de droit écrit. Dans les premiers, les femmes ne peuvent ni contracter, ni ester en justice sans l'autorisation ou le concours de son mari[840]. Pour autant, la pleine capacité de la femme revient à la mort de son mari ou lorsque celui-ci devient incapable pour cause de folie ou d'incarcération. Selon la doctrine, au Moyen-âge, « il n'existe pas d'incapacité de la femme en tant que telle, mais plutôt un effet de la puissance maritale qui dure autant qu'elle et cesse avec elle[841] ». Dans les pays de droit écrit, la femme est pleinement capable. La coutume de Toulouse de 1286 dispose que la femme majeure *sui juris* peut recevoir un prêt, s'obliger, cautionner ou intercéder pour autrui[842]. A la fin du XIIIe siècle, la législation prend un nouveau tournant : l'autorisation maritale devient obligatoire et se généralise. Entre les XIVe et XVIe siècles, les nouvelles règles qui apparaissent sont la conséquence d'un changement de mentalités. Dans une conception autoritaire de la famille, le mari doit être le chef[843]. Sauf pour les besoins quotidiens du ménage, l'autorisation maritale est obligatoire, de même que pour ester en justice.

En droit intermédiaire. - En 1793, au moment où Cambacérès présentait à la Convention le premier projet de Code civil, certains députés ont proposé purement et simplement l'abolition complète de la puissance maritale, jugée contraire à la liberté, à l'égalité, à la nature et à la raison. Mais la Convention n'a pas eu le temps de voter cette mesure.

Le Code civil. - Dans le Code Napoléon[844], la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée sont maintenues au nom de la « nature ». Lors de la discussion au Conseil d'Etat, Bonaparte devait déclarer que « la nature a fait de nos femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas ; Madame, vous n'irez pas à la comédie; Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne ! C'est dire : Madame, vous m'appartenez

[839] Cité par J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.* n°108, p. 119.
[840] Ph. de BEAUMANOIR, *op. cit.*, § 1330.
[841] J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit*., n°109, p. 120.
[842] *Id*.
[843] *Ibid*, p. 121.
[844] Les articles en question ont été promulgués le 17 mars 1803.

corps et âme[845] ». L'article 213 du Code civil de 1804 dispose que « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». Le domicile conjugal est fixé où la femme est obligée d'habiter, et elle doit « le suivre partout » où il jugeait « à propos de résider[846] ». Pour aliéner, hypothéquer, acquérir un bien, ester en justice, la femme, même séparée de biens, même commerçante, doit obtenir l'autorisation de son mari[847]. Deux réserves sont émises : l'une pour la femme marchande publique, exerçant séparément de son mari[848], l'autre afin de lui permettre de faire toute seule son testament[849]. Aucune disposition n'indique que la femme est capable de passer toute seule, les actes courants de la gestion ménagère. A cet égard, la doctrine, dans la ligne de Pothier, a suppléé ce silence en se rangeant à la théorie du mandat tacite, que le mari était censé avoir donné à sa femme à cette fin[850].

Les lois ultérieures. - Le Code civil n'a pas été modifié sur ce point pendant plus d'un siècle. La première mesure instituée par la loi du 13 juillet 1907, est relative au libre salaire de la femme mariée ou biens réservés. En pratique, cette loi a été mal appliquée puisque, pour exercer une profession, l'épouse devait obtenir l'autorisation du mari, qu'il pouvait toujours retirer. Par la loi du 18 février 1938, le législateur a proclamé que « la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile»[851], et il a abrogé neuf articles du Code qui subordonnaient à l'autorisation maritale, tout acte d'acquisition et d'aliénation[852]. L'innovation de cette réforme a résidé également dans l'organisation d'un recours en justice. Celui-ci pouvait être utilisé chaque fois qu'un désaccord surgissait entre les époux, pour fixer leur résidence[853], pour l'exercice par la femme d'une profession séparée[854], pour les manquements à l'obligation de contribuer à l'entretien du ménage ou des enfants[855]. Devant ces interventions fréquentes de la justice, on a pu parler avec humour de « ménage à trois : le mari, la femme et le juge[856] ».

---

[845] Cité par J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit*., n°111, p. 123.
[846] Art. 213 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. » ; Art. 214 : « La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ».
[847] Art. 215 et Art. 217 C. civ.
[848] Art. 220 C. civ.et Art. 5 C. commerce.
[849] Art. 226 C. civ.
[850] J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit*., n°111, p. 123.
[851] Art. 215 C. civ.
[852] Art. 217 à Art. 225 C. civ.
[853] Art. 213, al. 2 C. civ.
[854] Art. 216 C. civ.
[855] Art. 214 C. civ.
[856] J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit*., n°111, p. 123.

Le législateur de Vichy a édicté la loi du 22 septembre 1942 qui rétablit, mais dans une rédaction différente, les articles abrogés en 1938. Les principales innovations concernent le mandat domestique tacite[857], les biens réservés, qui sont introduits dans le Code[858] ainsi que d'utiles précisions sur le droit de la femme de se faire ouvrir un compte en banque[859]. Contrairement à la mesure précédente, cette loi a eu des effets réels, et l'incapacité de la femme mariée a pris fin pour de bon, du moins pour les femmes qui n'étaient pas mariées sous le régime de communauté. Mais le mari demeure « le chef de la famille ». La femme est appelée à le remplacer lorsqu'il est hors d'état de l'exercer[860].

La loi du 13 juillet 1965 a réformé le régime de la communauté en tenant compte de l'abolition de l'incapacité de l'épouse. Quelques retouches ont été encore apportées par les lois des 4 juin 1970[861] et 11 juillet 1975[862], les derniers vestiges de l'incapacité, ayant été effacés par la loi du 23 décembre 1985[863]. Les deux époux sont dès lors placés sur le même plan : c'est « ensemble »[864] qu'ils assurent la direction matérielle et morale de la famille, « mutuellement » qu'ils s'obligent à une communauté de vie[865], « d'un commun accord » qu'ils choisissent la résidence de la famille. Les termes désormais employés sont « chaque », « de l'un » ou « de chacun des époux ».

B. L'adultère

L'adultère est « le fait pour un époux de violer son serment de fidélité, de partage, et d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint envers qui il a affirmé ce serment »[866].

---

[857] Art. 220 C. civ.
[858] Art. 224 à 226 C. civ.
[859] Art. 221 et 222 C. civ.
[860] Art. 213 C. civ.
[861] Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.
[862] Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.
[863] Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.
[864] Art. 213 C. civ.
[865] Art. 215 C. civ.
[866] *Le Petit Larousse illustré*, *op. cit*, v° « Adultère ».

En droit romain. - L'adultère est un délit exclusivement féminin, en effet, seule l'infidélité de l'épouse risque d'introduire dans la famille un sang étranger. Sévèrement réprimé à l'époque ancienne par le tribunal domestique du paterfamilias, l'adultère semble être devenu à la fin de la République un comportement anodin du fait du relâchement général des mœurs. A cette époque, la seule sanction qui demeure est civile. Si le divorce était motivé par son adultère, la femme perdait un sixième de sa dot. Auguste a réagi contre cette inconduite et a tenté d'instaurer un ordre moral minimum. Aussi, la *lex Julia de adulteriis coercendis* érige l'adultère en délit pénal et institue pour punir la femme et son complice une *quaestio* spéciale, l'infidélité du mari restant toujours impunie[867]. Quant à la sanction prévue par la *lex Julia*, elle était très lourde : c'était l'exil (*relegatio in insulam*) et la confiscation partielle du patrimoine.

Constantin a sensiblement modifié les dispositions de la *lex Julia* par une constitution de 326[868]. Il a d'abord aggravé la sanction puisque la femme adultère et son complice sont désormais passibles de mort. Ensuite, il a réservé au mari l'accusation d'adultère pendant toute la durée du mariage, les parents les plus proches pouvant se porter accusateurs après la dissolution du lien conjugal. Si le mari surprend sa femme en flagrant délit, il est obligé de la répudier sous peine de devenir son complice. Le droit canonique, qui commence alors à se constituer, admet aussi cette répudiation. Mais alors que le droit laïc autorise le mari à se remarier, le droit canon le lui interdit formellement au nom de l'indissolubilité du lien. La répudiation justifiée par l'adultère est considérée comme une simple séparation de corps. En marge de l'adultère ordinaire, Constantin a voulu ériger en délit spécial la liaison de la maîtresse et de son esclave[869], l'accusation est dans ce cas ouverte à tous, y compris aux autres esclaves de la *domus*, et la peine est toujours la mort pour les deux coupables[870]. En outre, le mari a le droit de tuer l'esclave ou l'affranchi qu'il surprend en flagrant délit d'adultère avec sa femme, alors que dans les autres cas ce droit est réservé au père de la femme[871]. Justinien a une fois de plus modifié cette législation en l'adoucissant. La peine de mort n'est théoriquement maintenue que pour l'amant, la femme n'encourt que la fustigation et la

[867] Papinien, Dig, 48, 5, l2, l2.
[868] C. Th., 9, 7, 2.
[869] M. MORABITO, « Droit romain et réalités sociales de la sexualité servile », *Dialogues d'Histoire ancienne*, 1986, vol. 12, n°1, p. 375.
[870] C. Th., 9, 9, 1.
[871] *D*ig. 48, 5, 21.

réclusion dans un monastère. Pendant deux ans, le mari peut lui pardonner et la reprendre avec lui.

Sous l'Ancien droit. - A l'époque du Bas Moyen-âge, certains textes incluent l'adultère dans l'énumération des infractions qualifiées de crimes de sang à l'époque carolingienne : le meurtre, le rapt, l'incendie. L'on retrouve, en effet, parfois le terme « adultère » à la place de rapt, mais il faut comprendre que la femme n'était pas consentante, et que l'adultère lui a été imposé. Cette conception de l'adultère s'apparente à la définition actuelle de viol. Pour ce qui concerne l'adultère au sens strict, une peine singulière était prononcée : la course. Il s'agissait de contraindre le condamné, souvent nu, à parcourir les rues les plus fréquentées de la localité, précédé du crieur public qui sonnait de la trompette et ameutait les gens. La peine de course était fréquemment appliquée aux voleurs, seule ou préalablement à une peine plus lourde. Certaines coutumes du Sud-Ouest précisaient même que la femme marchera la première et tirera son complice au moyen d'une corde. Ce châtiment n'a pas survécu à la réaction moralisante du XVIe siècle, et il a été remplacé à cette époque par la peine romaine dite de l'Authentique, c'est-à-dire la détention de la femme dans un couvent. Au Moyen-Age, la répression de l'adultère était différente au Nord et dans le Midi[872]. En effet, dans la moitié Nord du royaume, l'Eglise a pu annexer à sa compétence la totalité des causes matrimoniales, y compris l'adultère. Ce délit est donc puni par les officialités qui frappent les coupables d'amendes canoniques assez légères. Le droit non ecclésiastique des régions du Nord, par ses chartes de franchises et ses coutumiers, ignore l'adultère, ou le reconnaissent explicitement,

[872] Sur l'adultère, le point de vue canonique est exposé par E. MAGNIN, « L'obligation de fidélité réciproque implique que les époux doivent être traités également, la religion chrétienne condamne l'adultère de la même manière dans les deux sexes » (C. XXII, q. 1, c. 4 et q. 5, c. 23) cité par J .-M. CARBASSE, « *Currant nudi* : la répression de l'adultère dans le Midi médiéval », in *Droit, histoire et sexualité*, colloque, 1985, organisé par l'Université des sciences sociales de Toulouse, Lille, Publications de l'espace juridique, 1987, p. 83-102. La course est la peine normale de l'adultère dans tout le Midi au XIIIe siècle, mais elle ne s'acclimate pas ailleurs. En 1272, le Parlement ne permet pas au prieur de Charlieu de l'imposer à ses justiciables (Olim, I, p. 909). Le dernier témoignage de cette pratique est un arrêt de 1628 par lequel le Parlement de Toulouse interdit au seigneur d'Avensac, en Gascogne, de la prononcer et en abolit expressément l'usage. Sur la procédure et les effets civils d'une condamnation pour adultère, *cf*. R. BEAUTHIER, *La répression de l'adultère en France du XVIe au XVIIIe siècle*, Bruxelles, 1990. À côté des sanctions judiciaires de l'adultère, assez rares même à l'époque moderne, des sanctions sociales comme le charivari peuvent être infligées par la population du lieu, non pas aux coupables eux-mêmes, mais au mari qui a eu la faiblesse de se laisser ridiculiser. L'adultère, ressenti comme un désordre public, est alors compensé par un autre désordre public mais ritualisé ; du même type est la chevauchée de l'âne, également infligée au mari trompé ou battu, *cf*. A. BURGUIERE, « Pratique du charivari et répression religieuse dans la France d'Ancien Régime en Languedoc », *in Le charivari*, actes de la table ronde organisée à Paris (25-27 avril 1977), par l'Ecole des hautes études en sciences sociales et le Centre national de la recherche scientifique, Paris, EHESS, Mouton éditeur, 1981, p. 179-195.

comme les Établissements de Rouen, lequel indique qu'il doit être «jugé par la main de la sainte Eglise »[873]. En revanche dans le Midi l'adultère, confondu au départ avec le viol, est réprimé par les seigneurs justiciers. On notera qu'au XIe siècle l'adultère - viol était considéré comme un crime majeur, et donc puni de manière totalement arbitraire. C'est pour réagir contre cet arbitraire que, dès la fin du XIIe siècle, les chartes de franchises ont réglementé aussi bien les conditions de preuve que la peine de l'adultère, en le distinguant désormais du viol.

Au XIXe siècle[874], la question de l'adultère et de sa punition a fait l'objet de très nombreux débats dont témoignent des romans comme *Madame Bovary* de Flaubert (et *Thérèse Raquin* de Zola. Elle suscite aussi une abondante iconographie où le rôle du coupable revient presque toujours à la femme. Cette situation trouve son origine dans la loi du 27 septembre 1792 par laquelle la Constituante avait instauré le divorce et, dépénalisant l'adultère, en avait fait un motif légitime de rupture pour chacun des époux. Mais cette révolution de la législation matrimoniale échoue sous la pression des ultras et de l'Église qui, depuis des siècles, assimilent l'adultère à un crime passible d'un lourd châtiment pour la femme. Si le Code civil de 1804 maintient l'adultère de la femme parmi les causes légales de divorce, il réaffirme l'autorité du *pater familias* sur son épouse et rétablit une sanction pénale plus lourde pour la femme que pour l'homme. Quand le catholicisme redevient religion d'État[875], c'est ensuite le divorce qui est supprimé par la loi du 8 mai 1816 ; seule la séparation de corps, admise par l'Église, reste autorisée. Le Code pénal de 1810 dispose que « 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 »[876]. Et de poursuivre que « 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

---

[873] Art. 32 des Etablissements de Rouen.

[874] *Cf*. sur ce thème : J-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Lattès, 1995 ; J. GAUDEMET, *Le Mariage en Occident, les mœurs et le droit*, Paris, Éditions du Cerf, 1987 ; A. de TOCQUEVILLE et S. MELCHIOR-BONNET, *Histoire de l'adultère, la tentation extra-conjugale de l'antiquité à nos jours*, Paris, La Martinière, 1999 ; F. RONSIN, *Le Contrat sentimental : débats sur le mariage, l'amour, le divorce, de l'Ancien Régime à la Restauration*, Paris, Aubier, 1990 ; A. WALCH, *Histoire de l'adultère, XVIe-XIXe siècle*, Paris, Perrin, coll. « Pour l'histoire », 2009.

[875] Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 :
« Article 5. - Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection.
Article 6. - Cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat. »

[876] Art. 337 C. pén. 1810.

flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu[877] ». Pire encore : « 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. 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[878] ». L'inégalité de traitement pénal entre l'homme et la femme apparaît à travers l'article 339 relatif au mari qui commet l'adultère aggravé : « 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. » Ainsi la répression de l'adultère dans l'ancien Code pénal était imprégnée par une sévérité davantage marquée envers la femme qui se voyait pénalisée par une lourde inégalité eu égard à l'indulgence du législateur dont pouvait bénéficier son mari.

La loi Naquet du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce, fait de l'adultère de l'un ou l'autre des époux la première de ses trois possibles causes. La promulgation de cette loi s'inscrit dans un large courant de pensée républicain qui rejette le principe de l'indissolubilité des liens du mariage au nom de la liberté des individus et dans un contexte un peu plus favorable à la condition féminine. En ce qui concerne la femme adultère, la loi marque un tournant important, puisque, pour la première fois dans l'histoire du droit, l'époux et l'épouse sont égaux, et la faute de l'un comme de l'autre devient un motif valable de divorce ; en revanche, l'adultère reste sujet à des sanctions pénales. Par la suite, ce droit du divorce sera progressivement assoupli pour s'adapter aux mœurs. La loi du 15 décembre 1904 en particulier lève l'interdiction de mariage, une fois le divorce prononcé, entre la personne adultérine et son ou sa complice.

A partir du milieu du XXe siècle, l'on assiste à une décadence assez rapide de la répression pénale : de près de 5.000 condamnations au début des années 50, le nombre chute à quelques centaines quelques années plus tard, pour atteindre moins de 200 condamnations en 1974[879].

---

[877] Art. 338 C. pén. 1810.
[878] Art. 324 C. pén. 1810.
[879] G.-H. RIPOSSEAU, *Pénalisation et dépénalisation (1970 - 2005)*, Mémoire de Master II de droit pénal et sciences criminelles, Université de Poitiers, 2004.

La régression de la répression s'est révélée avec plus de netteté encore, lorsque législateur s'est aperçu que les rares fois où l'infraction était poursuivie, c'était à l'initiative de maris trompés qui cherchaient uniquement à établir l'infidélité de leur épouse (au moyen d'un constat de commissaire de police) afin d'obtenir une preuve facile de la cause de divorce. De plus, la dépénalisation de l'adultère répondait à un vœu général et plus particulièrement à une recommandation émise dès 1954 par le IXe Congrès International de droit pénal de La Haye. C'est donc après des débats parlementaires marqués par une rapidité exceptionnelle, que la décriminalisation de l'adultère a été décidée. C'est ainsi qu'a été voté l'article 17 de la loi du 11 juillet 1975 qui a abrogé les articles 336 à 339 de l'ancien Code pénal relatifs à l'adultère[880]. Il faudra attendre la réforme du 11 juillet 1975 pour que l'adultère cesse d'être considéré comme une infraction et que les droits des enfants nés d'une relation adultérine soient identiques à ceux des enfants légitimes.

II. L'apparition d'une nouvelle circonstance aggravante

L'absence totale de prise en compte de la partie faible au sein du couple en tant que victime particulièrement protégée était l'une de conséquences majeures de la puissance maritale. Le législateur a profité de la réforme pénale de 1992 pour mener la réflexion et créer une circonstance aggravante. Cette réflexion se poursuivra au cours des années 2000, non sans poser de difficultés quant aux contours de la notion de conjoint et aux preuves nécessaires à la caractérisation des infractions intra-conjugales.

Comme le soulignent les députés Geoffroy et Blisko, nous sommes ici sur un terrain extrêmement sensible, tant les violences dites « conjugales » se révèlent importantes et en constante progression[881]. Pourtant, les législations anciennes y compris le Code pénal de 1810

---

[880] Il faut cependant noter qu'une hypothèse d'adultère est toujours en vigueur : celle qui résulte de l'article 1er de la loi du 23 décembre 1942 tendant à protéger la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par la suite de circonstances de guerre.

[881] G. GEOFFROY et S. BLISKO, *Rapport d'information déposé en application de l'art. 86, al. 8, du règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la mise en application de la L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* [en ligne], Paris, Assemblée nationale, n°491

n'ont pas cru devoir réprimer de façon particulière les violences commises au sein du couple, comme nous l'avons indiqué précédemment, un régime d'excuses était même institué. Sous le règne de Louis XIV, le mari devient le représentant du Roi et de Dieu au foyer familial. Il pouvait user de son droit de correction en étant soutenu par les lois terrestres et divines. Le droit permettait en outre, si le droit de correction ne suffisait pas, de demander au juge de procéder à l'enfermement. La puissance maritale donnait pouvoir au *pater familias* de solliciter du juge, l'incarcération de l'épouse dont le comportement était jugé excessif. Selon Elise Gherson, « les violences conjugales étaient donc, sauf exception, exclues du domaine pénal : comme pour la sexualité, le mari disposait librement et physiquement de sa femme. (…) Les coups et blessures donnaient un nouvel exemple du refus du juge de s'immiscer dans les affaires du foyer où le mari rendait justice privée, à l'instar du *pater familias* romain. Droit et justice fermaient les yeux sur certains agissements violents afin de garantir l'ordre social, dont la soumission de l'épouse et des femmes était l'une des clés : le mari devait pouvoir l'assurer par tout moyen.[882] »

Si le Code pénal de 1810 a ignoré toute immunité de principe pour les violences conjugales, il est regrettable que le Code civil ait proclamé quant à lui le principe de puissance maritale en son article 213. Excepté pour cause d'adultère, il n'existait, en principe, aucune immunité pour les violences conjugales. L'excuse de provocation de l'article 321 ancien du Code pénal[883] aurait pu être étendue à des provocations de l'épouse autres que l'adultère, pour justifier la commission de violences, comme le refus d'obéir au mari, ou un comportement outrancier, constitutifs de violences morales graves. Or, d'après nos recherches, la jurisprudence n'a illustré aucune extension de ce type. Les tribunaux n'ont pas souhaité ériger en principe général, l'immunité du mari, à l'exception d'une unique décision[884] rendue par le tribunal de Chambéry qui a été vivement critiquée pour avoir maintenu un droit archaïque de correction marital.

En dépit d'arguments cherchant à instaurer un régime analogue à celui du droit de correction parental, l'hypothèse d'un droit de correction maritale a été écartée dès les premières années

[882] E. GHERSON, *La violence domestique, op. cit,* p. 56.
[883] Art. 321 C. pén. 1810 : « le meurtre, ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes »
[884] Chambéry 4 mai 1872, *S.* 1873. 2. 217.

du Code pénal de 1810. La Chambre criminelle a toujours cassé les arrêts qui consacraient les violences excusées en raison du lien conjugal[885]. Les articles 309 à 311 du Code pénal de 1810 ont continué à servir de base à la répression des violences conjugales[886]. C'est ce qu'indiquait un commentateur du Code pénal dès le XIXe siècle : « les articles 309 et suivants sont généraux et s'appliquent quelque soit la personne victime du délit (…) les articles 309 et suivants sont ainsi applicables aux coups, blessures, violences et voies de fait par l'un des époux sur son conjoint (…) l'époux qui a été frappé pourrait citer directement son conjoint devant le tribunal correctionnel, puisque la loi n'a établi, dans ce cas, aucune exception[887] ».

En pratique, les poursuites diligentées par des épouses contre leurs maris étaient extrêmement rares, car socialement inavouables. La réforme profonde opérée par le Code pénal de 1810 ne pouvait effacer immédiatement des siècles de coutumes de la mentalité collective : « le droit de correction s'implanta dans les diverses coutumes française et marqua si fortement les mentalités, que, nonobstant la grande Révolution de 1789, tout au long du XIXe siècle une femme qui osait se plaindre de sévices n'encourait que le mépris du public [888]». L'hermétisme des foyers faisait toujours obstacle à l'intervention du juge pénal. La jurisprudence et la doctrine ont confirmé qu'un mari pouvait être condamné pour coups et blessures envers sa femme, mais ces affirmations ont été reçues dans la pratique avec beaucoup de circonspection. En témoignent les instructions reçues par le ministère public en 1825, qui conseillaient « de n'agir qu'avec beaucoup de prudence et de circonspection[889]» quant aux violences conjugales.

Il est à noter que l'ancien Code pénal en vigueur juste avant le 1er mars 1994, ne prévoyait l'aggravation de la peine prévue pour les violences, par exemple, que pour les circonstances suivantes : 1° sur toute personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental ; 2° sur un ascendant légitime ou naturel, ou sur les père et mère adoptifs

---

[885] Cass.28 Ventôse an X, cité par E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit.*, art.309 à 311 note 92 et s ; Cass.9 avril 1825, *Bull.* n°23 ; Cass. 7 mai 1851, *Bull.* n°169, *D.* 1852. 5. 564 ; Cass. 9 février 1923, *Bull.* n°55, s.1923. 1. 268, *D.* 1924.1. 114.
[886] R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n°1737.
[887] E. GARÇON, *Code pénal annoté, .op. cit. ,* art. 309 à 311, notes 92 et s.
[888] J.-Y. CHEVALLIER, « Réflexions impertinentes sur la protection pénale de la femme », *in La terre, la famille, le juge, études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, coll. « Travaux et recherches, Série Faculté de droit et de science politique de Rennes », 1990, p. 249.
[889] E. GARÇON, *Code pénal annoté, .op. cit.*, art. 309 à 311, note 95.

; 3° sur un avocat, un officier public ou ministériel, un agent de la force publique ou un citoyen chargé d'un ministère de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ; 4° sur un témoin, une victime, ou toute autre personne, soit en vue de les déterminer à ne pas dénoncer les faits, à ne pas porter plainte, à ne pas faire de déposition ou à faire une déposition mensongère, soit en raison de la dénonciation, de la plainte ou de la déposition ; 5° avec préméditation ou guet-apens ; 6° à l'aide ou sous la menace d'une arme. Nous ne pouvons ainsi lire aucune mention du conjoint dans cette liste.

Le lien de conjugalité entre l'auteur et la victime : une nouvelle circonstance aggravante. - La réforme du Code de 1994 a été l'occasion d'intégrer pour la première fois la qualité de conjoint comme circonstance aggravante. Ainsi la circonstance que l'acte a été commis par le conjoint ou le concubin de la victime aggrave les infractions de tortures[890] ; de violences mortelles[891] ; de violences ayant entraîné une mutilation[892] ; de violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours[893] ; de violences ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours[894]. Antérieurement à l'introduction de la circonstance aggravante relative à la qualité de conjoint ou de concubin de la victime, de tels agissements étaient considérés comme des violences classiques commises entre un homme et une femme. Le fait que ces dernières interviennent dans le cadre de la sphère familiale ou privée, ne leur donnaient pas pour autant un caractère aggravé. L'ancien Code pénal, prévoyait les qualifications de droit commun, en considération du résultat[895]. Ce système avait une faiblesse évidente puisqu'en l'absence d'incapacité de travail ou si l'incapacité de travail était inférieure à huit jours, les faits étaient uniquement contraventionnels et relevaient en conséquence du Tribunal de police, ce qui en soit était peu répressif et dissuasif. Désormais, la qualification de telles violences est au minimum délictuelle, indépendamment de l'existence ou pas d'incapacité de travail. L'esprit même de cette aggravation de la répression traduit le fait que le législateur estime que, par principe, ces violences doivent relever de la compétence du Tribunal correctionnel, et ce, peu important le résultat de celles-ci. Remarquons que la

[890] Art. 222-3 6° C. pén.
[891] Art. 222-8 6° C. pén.
[892] Art.222-10 6° C. pén.
[893] Art. 222-12 6° C. pén.
[894] Art. 222-13 6° C. pén.
[895] P. CADOR, *Le traitement juridique des violences conjugales, la sanction déjouée, l'Harmattan*, coll. logiques sociales, 2005.

circonstance aggravante n'est applicable à l'époque qu'à la condition que les conjoints soient mariés, et s'agissant des concubins, seulement si la preuve de l'existence d'une communauté de vie est apportée[896].

Les insertions dans le Code pénal de cette nouvelle circonstance aggravante appellent plusieurs remarques. D'abord, force est de constater que ni le meurtre, ni le viol n'a été intégré dans la liste des infractions. Ensuite, le législateur a entendu hiérarchiser les circonstances aggravantes en les numérotant. C'est ainsi que les infractions sont aggravées lorsqu'elles sont commises « 6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ». Les circonstances 1° à 7° concernent la qualité de la victime ou le lien unissant la victime et l'auteur et les circonstances 8° à 10° ont trait aux modalités de commission de l'infraction : réunion, préméditation, usage d'une arme. Dès lors, le lien de conjugalité se retrouve dans les circonstances aggravantes après : 1° le mineur de quinze ans ; 2° la personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ; 3° l'ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ; 4° le magistrat, le juré, l'avocat, l'officier public ou ministériel ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ; 5° le témoin, la victime ou la partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation, de sa plainte ou de sa déposition. Nous pouvons une fois encore nous interroger sur l'intérêt d'une telle liste, mêlant le lien de domesticité unissant l'auteur et la victime, avec d'autres circonstances fondées sur la qualité de la victime et le *modus operandi*. Cette liste s'étant étoffée au fil des réformes, de l'actualité et des faits divers, à l'instar des actes commis sur un mineur de quinze ans ou par un ascendant, ceux commis sur la personne d'un conjoint se trouve aujourd'hui noyé parmi seize circonstances aggravantes. En terme de probabilité, il est actuellement plus rare de voir juger devant les tribunaux une infraction simple qu'une infraction aggravée. La question se pose donc de la volonté du législateur de protéger ou non efficacement les personnes placées dans un état de vulnérabilité lié à la cohabitation dans l'espace clos que constitue la maison.

[896] E. MILLET, *Pour en finir avec les violences conjugales*, Paris, Marabout, 2005.

La loi du 18 mars 2003. - La démarche visant à aggraver les infractions a été poursuivie par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, en ajoutant à la liste des circonstances liées au meurtre[897].

La Loi du 4 avril 2006. - 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, a commencé par étendre l'aggravation au viol[898] et aux agressions sexuelles[899]. La circonstance aggravante de l'infraction commise au sein du couple a également fait l'objet de l'article 7 de la loi du 4 avril 2006. Une définition générale de celle-ci est fournie par l'article 132-80 du Code pénal. Les cas dans lesquels la circonstance sera retenue, sont limitativement prévus par cette loi de 2006. Ainsi, « dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit 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 (PACS) ». Autrement dit, lorsque les violences auront été commises par un membre du couple sur l'autre, il y aura aggravation des peines applicables en la matière[900]. Le législateur entend ainsi, insérer dans la partie générale du Code pénal, la définition qu'il entend donner à la circonstance aggravante, pour tous les comportements répréhensibles commis à l'intérieur du couple[901]. Il convient de remarquer que même si cette circonstance aggravante est désormais définie dans la partie générale du Code pénal, elle n'en est pas moins spéciale puisque le législateur restreint l'application de cette circonstance aux crimes et délits qui l'auraient prévue. Sont donc visées classiquement deux qualités : le conjoint et le concubin. Le concubinage trouve sa définition dans l'article 515-8 du Code civil[902]. Si l'on se réfère aux débats parlementaires[903], la question s'est posée de rajouter la

---

[897] Art. 221-4, 9° C. pén.
[898] Art. 222-24, 11° C. pén.
[899] Art. 222-28, 7° C. pén.
[900] A l'instar des infractions commises en raison d'une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (art. 132-76) ou de l'orientation sexuelle de la victime (art. 132-77).
[901] Concernant le *quantum* des peines, le meurtre qui constitue la plus grave des atteintes à la personne, est la conséquence ultime des violences du couple, et qu'à cet égard la peine encourue passe donc de 30 ans de réclusion criminelle à la réclusion criminelle à perpétuité. De même, pour un viol entre conjoints, concubins, partenaires unis par un pacs passe donc de 15 ans à 20 ans de réclusion criminelle et les faits d'agressions sexuelles sont pour leur part plus sévèrement sanctionnés puisque la peine encourue est de 7 ans au lieu de 5 antérieurement.
[902] Elle réside dans une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.
[903] Pour une présentation détaillée, *cf.* BRANGER Jean-Guy, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes, Proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple : Lutte contre les violences au sein du couple. Rapport d'information sur les propositions de loi correspondantes* [en ligne],

référence au partenaire d'un PACS. Certains arguments plaident en faveur de l'inutilité de la référence. Un PACS étant un contrat conclu entre des personnes de sexes différents ou de même sexe pour organiser leur vie commune, on pouvait en déduire que les personnes pacsées sont des concubins au sens de la loi. Mais la volonté de spécifier repose sur la nécessité de respecter le principe de légalité en droit pénal et plus précisément l'article 111-4 du Code pénal préconisant l'interprétation stricte de la loi pénale. Dans cette optique, et pour éviter toute difficulté juridique, le législateur a préféré préciser la référence au PACS dont on consacre dès lors la reconnaissance dans notre ordre juridique pénal[904]. Les différentes incriminations qui prévoyaient la circonstance aggravante ont été modifiées pour prendre en compte ce rajout de la référence au PACS. Un deuxième problème se posait. En effet, bon nombre des atteintes volontaires sont commis après la séparation. C'est la raison pour laquelle le premier alinéa de l'article 132-80 a été complété par un deuxième alinéa : « 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 ». Un débat au Sénat[905] s'est ouvert pour savoir s'il n'était pas opportun de prévoir une limitation dans le temps évoquant, entre autres arguments, une « indissolubilité du lien conjugal, du concubinage ou du PACS ». Il avait été proposé de « réduire l'application de cette circonstance aggravante à cinq ans suivant la date à laquelle le divorce est devenu définitif ou suivant la rupture du concubinage ou du PACS. Une hostilité quant à cette modification résultait de la mise en avant du caractère illégitime de toute violence. De plus la possibilité était aussi évoquée pour certains auteurs "calculateurs" d'attendre l'expiration du délai pour agir. Une solution de compromis fut trouvée. Elle consiste à préciser que le champ d'application de la circonstance aggravante de violences conjugales n'est applicable à l'ancien conjoint, concubin ou pacsé que si l'infraction a été commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime. Au niveau probatoire, il conviendra à la partie poursuivante de prouver ce lien de causalité[906] ».

Pour une partie de la doctrine, la définition générale de l'article 132-80 qui est quelquefois différente de la circonstance prévue pour les infractions qui sont censées la mettre en œuvre,

---

Paris, Sénat, n°229, 2005, spéc. l'annexe 2.

[904] F. ALT-MAES, « le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP* 2000, I, 275.

[905] G. GEOFFROY, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple* [en ligne], Paris, Assemblée Nationale, N°2726, 7 déc. 2005.

[906] D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 … » op. cit.

ne se justifie nullement et soulève même des problèmes d'interprétation[907]. En effet, certains articles d'application ne se réfèrent qu'aux compagnons actuels, comme les articles 221-4 ou 222-3. Un commentateur a même conclu à l'impossibilité d'appliquer la circonstance aggravante aux « ex-conjoints »[908]. Ce point de vue semble inexact car la technique de la définition dans les principes généraux et l'application ensuite au cas par cas aux infractions donne une force particulière à la première disposition[909]. Il reste qu'il s'agit d'une maladresse partiellement réparée par les réformes législatives ultérieures.

La loi du 5 mars 2007. - Il convient également de mentionner la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 qui complète ces dispositions en instaurant des peines minimales pour les conjoints violents récidivistes et en renforce davantage les obligations de soins pouvant leur être imposées. En effet, c'est dans le domaine des atteintes aux personnes que le plus de peines planchers ont été prononcées par les tribunaux avec 67 % d'application en matière de violences conjugales[910]. Les peines-planchers concernent tous les délinquants ou criminels répondant d'une infraction passible de trois ans ou plus de réclusion, de détention ou d'emprisonnement. L'instauration de peines-planchers est motivée par la volonté du législateur de décourager la criminalité, en instaurant une menace précise et automatique en cas de récidive légale.

Ce caractère de l'aggravation des violences au sein du couple posé en termes généraux est particulièrement révélateur des difficultés auxquelles le législateur peut se retrouver confronté. D'une part, les enseignements statistiques de la criminologie lui font considérer que les femmes sont à l'évidence davantage sujettes à subir ce type de violences[911]. D'autre part,

---

[907] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°66, p. 74.
[908] M.-F VIEVILLE-MARAVETTE, *Dr. Pén*., 2009, n°2, étude 4.
[909] *Cf*. dans ce sens Cass. Crim. 7 avril 2009, *Dr. Pén*., 2009, n° 93.
[910] R. DATI, « Les violences faites aux femmes », *discours du* Garde des sceaux, Ministre de la Justice, 23 novembre 2007 [en ligne].
[911] Selon l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, au cours de la période 2010-2011, 567 000 femmes se sont déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles intra-ménage contre 274 000 hommes. Il faut de plus noter que, si le nombre de violences faites aux hommes est stable, celui des violences faites aux femmes a fortement chuté, puisqu'il atteignait 707 000 pour la période 2008-2009 (A. BAUER et C. SOULLEZ, *La criminalité en France, rapport 2012 de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales - Synthèse* [en ligne], Paris, INHESJ - Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice et ONDRP - Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, 2012, pp. 20-21). S'agissant des infractions constatées au cours de l'année 2011, 122 femmes et 24 hommes ont été tués par leur conjoint ou ex-conjoint, tandis que les services de police et de gendarmerie ont enregistré 53 868 violences non mortelles au sein d'un couple envers une femme contre 8 538 faits visant un homme (*Ibid*., p. 44). Les études statistiques seront grandement améliorées à compter

les exigences juridiques tenant à l'égalité entre hommes et femmes prohiberaient une législation réprimant ou aggravant les seules violences faites aux femmes. C'est ce qui explique que les atteintes à la vie et à l'intégrité physique commises au sein du couple ont été aggravées par la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs[912] et celle 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[913]. L'intitulé de cette seconde loi est tout à fait significatif, puisqu'il révèle que la loi est destinée à protéger spécifiquement les femmes. Pourtant, les dispositions de cette loi, ne visant que « la personne »[914], ont vocation à s'appliquer quel que soit le sexe de l'auteur ou de la victime. Une telle solution semble imposée par le principe d'égalité, dès lors que ces violences, bien que non majoritaires, sont possibles et existent[915].

Le principe d'égalité satisfait par la possible application de la norme pénale à l'ensemble des personnes potentiellement visées. Ces dispositions sont symptomatiques d'une dissociation entre l'objet pratique de la loi, c'est-à-dire son contenu matériel, et de son objet théorique, c'est-à-dire sa *ratio legis*. Désireux de remédier à une situation donnée, le législateur choisit de recourir à l'arme pénale mais, conscient des exigences découlant du principe d'égalité devant la loi pénale, édicte une loi visant un ensemble de situations, parmi lesquelles figure celle qui a motivé son intervention. Interrogée en décembre 2012 par un député sur l'opportunité d'accroître la réaction aux violences conjugales subies par les hommes[916], la ministre des Droits de femmes avait convenu que « [l]'ampleur du phénomène des violences faites aux femmes en

---

du déploiement complet auprès des juridictions françaises de l'outil informatique Cassiopée, lequel permet de renseigner le genre des victimes (Ministère de la justice et Direction des affaires criminelles et des grâces, *Les violences au sein du couple, guide de l'action publique* [en ligne], Paris, Ministère de la justice, coll. « Guide méthodologique », novembre 2011, p. 101, accessible sur www.justice.gouv.fr/publication/guide_violences_conjuguales.pdf). *Cf*. également J. AUDET et J.-F. KATZ, *Précis de victimologie générale*, Paris, Dunod, 2006, p. 200, pour une présentation du sexe comme facteur de prédisposition à la victimisation.

[912] Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* du 5 avril 2006, p. 5097. Pour une présentation détaillée de cette loi, *cf*. D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commise contre les mineurs », D. 2006, p. 2350 et M.-F. VIEVILLE-MIRAVETTE, « La circonstance aggravante d'"ex" en matière de violences au sein du couple », *Dr. pén*., 2009, n°2, étude 4.

[913] Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF du 10 juillet 2010, p. 12762. Sur cette loi, *Cf.* notamment A.- G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Rev. sc. crim*. 2010, p. 911.

[914] *Cf.* par ex. les dispositions du Titre XIV du Livre Ier (art. 515-9 et s.) C. civ. créé par cette loi.

[915] C. ELOI, *Les caractères de l'influence de la victime en droit pénal*, Thèse de doctorat de droit, Université de Rennes 1, Rennes, 2013, p. 239.

[916] Question écrite n° 13806 de M. Michel MENARD, JORF du 18 décembre 2012, p. 7462.

a fait une priorité politique», tout en précisant que les dispositions visant les violences au sein du couple bénéficiaient également aux hommes victimes[917]. La possibilité d'application de la norme pénale à l'ensemble des personnes potentiellement visées, c'est-à-dire l'ensemble des personnes incarnant la valeur sociale protégée, suffit en effet à satisfaire aux exigences du principe d'égalité. Il n'est donc exigé qu'une correspondance abstraite entre les hypothèses visées par la norme et la réalité de son application. Que l'une des situations particulières concernées par la norme pénale engendre la majorité des applications de celle-ci n'est pas de nature à y porter atteinte. Les distinctions mises en avant par les statistiques et les enseignements de la criminologie peuvent cependant être prises en compte dans le cadre des mécanismes de prévention et de détection des infractions, ainsi que des processus de protection et de prise en charge des victimes.

Les contours de la notion de conjoint. - Lorsque le législateur a inséré le lien de conjugalité dans le Code pénal, il a employé les termes : « conjoint ou concubin de la victime ». Tirée des rapports entre conjoints, la jurisprudence a considéré que l'aggravation n'était pas tributaire d'une cohabitation effective : « Justifient leur décision les juges qui condamnent un mari sur le fondement de l'article 222-13-6° du Code pénal pour violences sur la personne de son épouse, n'ayant pas entraîné d'incapacité temporaire totale de travail pendant plus de huit jours, sans avoir égard au fait que le prévenu résidait alors séparément de cette dernière, dès lors que ce texte n'exige pas une communauté de vie pour recevoir application[918] ». Yves Mayaud a jugé la décision pertinente, « le législateur ayant en vue le respect des personnes plus que de leur mode de vie…[919]». Et selon Michèle-Laure Rassat, « cette interprétation se réfère à la lettre de la loi, mais elle n'en retire pas moins, à l'aggravation, sa meilleure justification, tirée des pressions découlant de la vie commune avec un compagnon violent ».

Pour ce qui concerne la notion de concubin, c'est la même solution, *mutatis mutandis,* que consacre la jurisprudence. L'aggravation ne peut opérer que s'il est établi qu'une relation de couple existe bien au moment des faits. Ainsi a-t-il été jugé que « la scène ayant donné lieu aux violences en cause se situant explicitement dans le contexte d'une liaison non contestée, c'est

[917] Réponse écrite du Ministère aux droits des femmes, JORF du 16 avril 2013, p. 4162.
[918] Cass. Crim. 7 avr. 1998, pourvoi n° 97-84.068, *Bull. crim.* n° 136, *D*. 1999, somm. 156, obs. MIRABAIL, *Dr. pénal* 1998. Comm. 114, obs. VERON.
[919] Y. MAYAUD, *JCl. Pén.*, v° « Violences volontaires », n° 411.

à bon droit que les premiers juges ont retenu la circonstance aggravante liée à la relation de concubinage[920]. En revanche, « dès lors que le mis en cause et la victime ne sont plus concubins au moment des faits, la victime elle-même ayant déclaré qu'il s'agissait de son ex-ami, les faits constituent non le délit de coups et blessures volontaires avec ITT de moins de huit jours à concubin, prévu et réprimé par l'article 222-13 - 6° du Code pénal, mais en réalité la contravention de violences volontaires avec ITT inférieure à huit jours, prévue et réprimée par l'article R. 625-1 du Code pénal[921] ». Il s'ensuit que le concubinage doit correspondre à une réalité lorsque les violences sont exercées.

Toutefois, ce constat doit être concilié avec les dispositions de l'article 132-80 issu de la loi du 4 avril 2006, qui étend la circonstance aggravante aux faits commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin, ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, si les agressions sont commises en raison des relations passées. Autrement dit, même si le couple n'est plus, l'aggravation peut néanmoins être retenue, ce qui tempère considérablement les solutions rapportées précédemment. L'essentiel est que soit établi le lien entre les violences ainsi commises et la vie de couple antérieure ayant pu les inspirer.

L'auteur de violences volontaires commises sur son ancienne concubine voit sa peine aggravée à une double condition : en raison de sa qualité d'ex et si les violences sont en rapport avec leur relation passée. Tel est le cas lorsque les faits violents ont eu lieu « à l'occasion de la remise au prévenu des enfants communs du couple, et alors que la victime se plaignait du retard dans le paiement de la pension alimentaire[922] ». Il est important de préciser que la circonstance aggravante fondée sur les relations ayant existé entre l'auteur et la victime, telle qu'elle a été instituée par l'article 132-80, alinéa 2, du Code pénal, n'est applicable, selon le premier alinéa de cet article, qu'aux peines encourues pour un crime ou un délit[923]. Pour Michèle-Laure Rassat, la mention « faits commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin, ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, si les agressions sont commises en raison des relations passées » « est totalement sibylline car on saisit mal, tant sa justification criminologique que le but, la matérialisation pratique et les possibilités de preuve

[920] Paris, 21 sept. 1999*, Dr. pénal* 2000. Comm. 57, obs. VERON.
[921] T. Corr. Nanterre, 16 sept. 1994, *Gaz. Pal*. 1994. 2. Somm. 708.
[922] Cass. Crim. 7 avr. 2009, pourvoi n° 08-87.480.
[923] Cass. Crim. 16 déc. 2009, pourvoi n° 09-83.174.

de la réserve mentionnée [924]». Une cour d'appel a jugé que les violences commises par un ex-concubin devenu l'employé de sa compagne au moment de son licenciement n'étaient pas en rapport avec les liens antérieurs des intéressés, mais dès lors que l'embauche s'était faite au moment de la rupture et vraisemblablement à titre de compensation, on peut avoir quelques doutes sur la validité de la décision[925].

Les juridictions du fond doivent donc veiller à bien répercuter toutes ces nuances. La Cour de cassation veille à ce respect, comme l'illustre une décision qui a précédé de peu la loi du 4 avril 2006 : « Tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; pour déclarer le prévenu coupable de violences par conjoint ou concubin suivies d'une incapacité n'excédant pas huit jours, l'arrêt attaqué énonce que la victime était encore sa concubine lors de la commission des faits, mais précise qu'à cette date, il avait quitté le domicile commun depuis plus d'un mois pour retrouver une ancienne amie avec laquelle il avait eu précédemment un enfant, et qu'il était simplement revenu, ce jour-là, reprendre possession de ses affaires personnelles ; en prononçant ainsi, par des motifs contradictoires, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision[926] ». Il faut dire, à la décharge des juges du fond, que la vie privée des personnes et le secret qui l'entoure sont parfois difficiles à appréhender.

La loi du 9 juillet 2010. - La loi du 9 juillet 2010 a apporté des précisions en la matière. Sera ajouté un nouvel alinéa à la liste des circonstances aggravante : 6° bis Contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union. Cette circonstance vient parfaire le dispositif visant à lutter contre les mariages forcés, auquel c'était déjà intéressé la législation civile.

Preuve difficile des actes commis sur le conjoint. – Aussi déterminés que fussent les législateurs, ils ne pourront malheureusement pas empêcher que les actes commis sur la personne du conjoint relèvent de la vie privée, voire de l'intimité pure et simple, et que la preuve en est le plus souvent difficile. Un arrêt de la Chambre criminelle du 21 février 2006 en

[924] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°66, p. 75.
[925] Toulouse, 16 février 2005, *Dr. Pénal* 2005, p. 106.
[926] Cass. Crim. 1er févr. 2006, pourvoi n° 05-84.965 , *Dr. pénal* 2006. Comm. 70, obs. VERON.

est la parfaite illustration[927]. Cette décision fait état de l'ensemble des discussions factuelles et procédurales pouvant faire obstacle aux condamnations des conjoints auteurs.

En l'espèce, une femme mariée s'était constituée partie civile à la suite de violences volontaires commises par son conjoint dont elle se disait la victime. Le tribunal correctionnel a reconnu la culpabilité du prévenu. Mais, en appel, celui-ci a été relaxé, aux motifs qu'aucun témoin n'avait décrit les violences dénoncées, que les témoignages des enfants ne pouvaient être retenus, et que, si un certificat médical avait bien été établi, se rapportant à la période de la prévention, il faisait état de traumatismes, hématomes, et confusions « susceptibles d'avoir été provoqués par une chute secondaire à une bousculade », ce qui n'était pas de nature à démontrer, en l'absence d'autres éléments, que les blessures décrites avaient été commises par le prévenu. La partie civile s'est pourvue en cassation. La prohibition du témoignage des enfants a été critiquée dans la première branche du moyen. La cour d'appel l'avait motivée sur le fondement de l'article 205 du Code de procédure civile, qui interdit que les descendants puissent être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation. Bien que figurant dans un texte étranger à la procédure pénale, les magistrats avaient estimé que la règle avait une portée générale, et qu'il importait donc de la respecter, y compris dans le cadre d'un contentieux répressif. C'est au contraire en maintenant sa portée purement civile que le pourvoi a tenté de sauver les intérêts de la demanderesse, qui faisait valoir qu'en écartant les témoignages des enfants, sans relever qu'une action en divorce ou en séparation était pendante, la cour d'appel n'avait pas respecté le texte litigieux. Et cette version était d'autant plus importante à retenir, toujours selon le pourvoi, que, suivant leurs témoignages, les enfants avaient été eux-mêmes victimes des violences de leur père. Enfin, une autre considération a été avancée, tirée du fait que le prévenu avait admis avoir exercé des violences à l'encontre de son épouse, ce qu'il avait invoqué en état de légitime défense. Mais la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi, estimant que, par ses énonciations, la cour d'appel avait justifié sa décision. Elle a seulement concédé une erreur de motif, sans en faire un élément de cassation, relative à la prohibition du témoignage des descendants, « laquelle n'était pas applicable en l'espèce, en l'absence de griefs invoqués à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps »… Il est donc vrai que l'article 205 du Code de procédure

[927] Cass. Crim. 21 févr. 2006, pourvoi n° 05-84.015, *Bull. Crim*. n° 49 ; *AJ Pénal,* 2006. 264 ; *Rev. Sc. Crim.,* 2006. 830, obs. MAYAUD.

civile ne peut se concevoir autrement que comme une réserve propre à un contentieux de divorce ou de séparation de corps, et que la prétention d'en faire un principe plus général, applicable à toutes les procédures, n'est pas le reflet de la réalité du droit. Le pourvoi aura eu le mérite d'inspirer cette réponse, mais sans profit pour son auteur, puisqu'il a été reconnu non fondé, les enfants ayant déclaré n'avoir jamais assisté à des scènes de violences entre leurs parents. Cette problématique se retrouve à des degrés différents pour l'ensemble des infractions mettant en cause le lien de conjugalité.

Section 2 - Une réforme portant sur les textes d'incrimination

Avec l'édiction du Code pénal actuel, le législateur a repensé les textes de fond d'incrimination en redéfinissant les contours de la définition du meurtre commis sur conjoint (**I**) et en créant le délit de harcèlement conjugal dans le prolongement de la reconnaissance des violences psychologiques (**II**).

I. Le nouveau régime du meurtre ou l'excuse inversée

La prise en compte du principe de réalité a conduit tant le législateur que le juge à opérer une véritable inversion quant à l'appréciation du régime répressif des meurtres commis au sein du couple. D'abord, excusé lorsque le mari surprenait son épouse en situation d'adultère (**A**), le meurtre conjugal fera l'objet d'une certaine compréhension quand il sera commis par une épouse en situation de détresse (**B**)

A. L'indulgence législative en faveur du mari bafoué

Aux termes de l'article 324[928] du Code pénal, « 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. » Garraud nous rappelle que cette excuse est une réminiscence du droit romain qui accordait au père le droit de tuer sa fille et son complice surpris en flagrant délit d'adultère, tant qu'elle demeure sous sa puissance[929]. Il ajoute que le meurtre et à plus forte raison les blessures et les coups, commis par l'époux sur son épouse et son complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale, sont excusables. Pour justifier cette affirmation, il fait état de ce que « l'article 324, dans son premier alinéa, déclare que le "meurtre" commis par l'époux sur son épouse "n'est pas excusable", sans évoquer les coups et blessures, or, le second alinéa de l'article n'ayant pour objet que d'apporter, dans le cas d'adultère, une exception à ce principe, ne devait parler que du meurtre. Mais, les coups et blessures étant moins graves que le meurtre, doivent *a fortiori* profiter du bénéfice de l'excuse [930]». Le bénéfice de l'excuse était d'autant plus enviable pour les maris meurtriers qu'il leur offrait une véritable garantie. En effet, si l'excuse était établie, il ne s'agissait pas d'une simple possibilité d'appréciation laissée au juge. Le mari devait bénéficier de la clémence du juge répressif prévue par l'article 326 de l'ancien Code pénal : au lieu d'une réclusion criminelle à perpétuité, il n'encourait qu'une peine de cinq ans d'emprisonnement[931].

Si cette excuse est admise en faveur du mari qui tue sa femme et la réciproque n'est pas admise, même au travers d'une jurisprudence qui raisonnerait par analogie ou *a fortiori*. La profanation du domicilie ou du lit conjugal fondait l'élément constitutif de l'adultère du

---

[928] Art. 324 C. pén. 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.
Néanmoins, dans le cas d'adultère, prévu par l'art. 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. »
[929] *Loi 20, Dig. Ad legem Jul. de adult*., cité par R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, *op. cit*, p. 336
[930] R. GARRAUD, *Précis de droit criminel, ibid.*
[931] E. GHERSON, *op. cit*., p. 58.

mari[932], c'était pourtant insuffisant, même en cas d'entretien d'une concubine, pour que l'épouse bénéficie de l'excuse. On lui niait le droit de ressentir la même offense que son mari et de réagir violemment. Pour Garraud, il n'existe aucune raison, « au point de vue de la provocation, de faire de différence entre l'adultère de la femme et celui du mari. Quoi qu'il en soit de ces critiques, ce qui est certain, c'est que l'excuse est essentiellement personnelle au mari offensé : lui seul est présumé avoir ressenti assez vivement l'outrage pour que l'irritation, qui en est la suite, excuse le meurtre qu'il commet[933]. » Pour ce qui concerne les coauteurs ou complices du mari outragé, ces derniers ne peuvent profiter de l'excuse prévue à l'article 324 de l'ancien Code pénal[934].

L'article 324 du Code pénal de 1810, exige deux conditions pour que l'adultère de la femme puisse être invoqué par le mari pour excuser son acte. Il convient d'abord que l'époux offensé ait surpris sa femme en flagrant délit d'adultère, autrement dit, soit au moment du délit, soit dans une situation telle qu'elle ne lui permette pas de douter que l'adultère vient d'être commis ou va se commettre[935]. C'est à la fois la certitude et l'actualité du délit d'adultère qui rendent le meurtre excusable. En somme, l'acte doit avoir été commis « au moment même » où l'adultère était découvert « en flagrant délit ». La préméditation était donc écartée en principe, le mari devant être un « meurtrier spontané »[936] pour être excusable[937]. La Cour de Lyon a ainsi refusé d'admettre le bénéfice de l'excuse pour un auteur ayant commis un homicide sur la personne de sa femme et de son amant après avoir dressé un guet apens aux victimes[938].

D'autres juridictions s'accommodaient toutefois d'une certaine préméditation ou non concomitance des faits. Pouvait être excusé, le mari qui, soupçonnant l'infidélité de la femme,

---

[932] Art. 339 C. pén. de 1810 : « 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 ».
[933] R. GARRAUD, *Précis de droit criminel, op. cit.*, p. 336.
[934] Cass. 19 janvier 1838, *S.* 1838, 1, 128.
[935] R. GARRAUD, *Précis de droit criminel, op. cit.*, p. 336.
[936] J. CARBONNIER (Préf.), *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers »,1983, p. 283.
[937] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit.,* art. 324 note 42 : « le meurtre cesse d'être excusable, quand le mari ne l'a commis que longtemps après l'instant ou l'épouse adultère et son complice ont été surpris même en flagrant délit».
[938] CA Lyon, 3 janv. 1845, *S.* 1845, 2, 547.

s'était « caché pour épier celle-ci, et l'a tuée à l'instant où il constatait le délit [939]». Etait également excusable le mari qui, étant désarmé au moment de la découverte de l'adultère, courait chercher une arme et revenait « aussitôt exercer sa vengeance pourvu qu'il n'ait point cessé d'agir sous une impression instantanée[940] » : il était difficile de proposer des critères plus flous. Chauveau et Hélie considèrent quant à eux, que le meurtre est excusable si, soupçonnant l'infidélité de sa femme, le mari s'est caché pour l'épier et n'a pas pu réprimer sa colère à la vue de l'outrage[941].

La seconde condition posée par l'article 326 a trait au lieu de commission de l'adultère. Il faut, en effet, que l'adultère ait lieu dans la maison du couple. Garraud explique que le « législateur a craint que si le meurtre commis dans tout autre lieu était également excusable, la tranquillité des familles fut troublée par des époux méfiants et injustes[942]. » Et d'ajouter que « la maison conjugale est celle où habite le mari, celle qui forme la maison commune[943] ». La séparation de corps ne ferait pas obstacle à l'admissibilité de l'excuse, si le flagrant délit a eu lieu dans l'ancien domicile conjugal[944].

Si le mari connaissait déjà l'infidélité de son épouse avant d'agir, et qu'il ne s'était « rendu coupable de ce meurtre, fût-ce au moment du flagrant délit, que pour satisfaire un sentiment prémédité de vengeance, ou en obéissant à un mobile dicté par la haine ou la cupidité », l'excuse était écartée[945]. Par ailleurs, l'article 324 n'établit l'excuse que pour le cas prévu à l'article 336, lequel refuse au mari le droit de dénoncer l'adultère de la femme s'il a entretenu une concubine au domicile conjugal[946].

Le législateur a profité de la réforme du droit de la famille de 1975[947] pour abroger l'alinéa second de l'article 324 de l'ancien Code pénal et de la grande réforme pénale de 1992, pour supprimer les dispositions du reste de l'article.

---

[939] E. GARÇON, *Le Code pénal annoté, op. cit.*., note 39.
[940] *Ibid*., note 40.
[941] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*. t. 4, p. 140.
[942] R. GARRAUD, *Précis de droit criminel, op. cit.,* p. 337.
[943] *Id*.
[944] A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit*. t. 4, p. 144.
[945] *Ibid*., note 41.
[946] R. GARRAUD, *Précis de droit criminel, op. cit.,* p. 337.
[947] Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, art. 17.

B. L'indulgence jurisprudentielle en faveur de l'épouse en état de nécessité

Il conviendra d'attendre la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure pour voir aggraver la peine des auteurs de meurtre lorsque ces derniers sont commis par le conjoint et insérer l'alinéa 4° bis à l'article 221-4 de l'actuel Code pénal[948].

Depuis quelques années, la tendance semble s'être inversée. Alors qu'auparavant, l'ancien Code pénal ne prenait en considération l'épouse que pour amoindrir la peine prononcée contre son mari, dans l'hypothèse d'un adultère commis par cette dernière, les dernières affaires pénales laissent penser qu'il existe une certaine clémence à l'égard des épouses, auteurs de meurtre sur la personne de leurs conjoints violents.

Cette clémence ne résulte d'aucun texte en particulier, mais tient compte d'une réalité criminologique criante. Les affaires « Alexandra Lange » et « Jacqueline Sauvage » en sont les exemples les plus parlants.

L'affaire « Alexandra Lange »[949]. – En juin 2009, Alexandra Lange a donné la mort à son mari, Marcelino Guillemin. Elle l'a tué d'un coup de couteau à la gorge alors que celui-ci tentait de l'étrangler. Pour ce crime, Madame Lange a été renvoyée devant la cour d'assises du Nord afin d'y être jugée pour meurtre aggravé. Il ressortait de l'enquête qu'il s'agissait d'une femme battue par son mari pendant quatorze ans. Le 23 mars 2012, les jurés ont suivi les réquisitions de l'avocat général et ont acquitté Alexandra Lange[950].

---

[948] Art. 221-4 : « Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis : (…) 4° bis Sur le conjoint, les ascendants et les descendants en ligne directe des personnes mentionnées au 4° ou sur toute autre personne vivant habituellement à leur domicile, en raison des fonctions exercées par ces personnes ».

[949] LANGE Alexandra, *Acquittée, « Je l'ai tué pour ne pas mourir »*, Paris, Michel Lafon, 2012.

[950] F. CHADRI, *Alexandra Lange, l'acquittée de Douai: « Maintenant, je peux faire des projets »*, la Voix du Nord [en ligne], 27 mars 2012.

Affaire «Jacqueline Sauvage ». **-** En 2012, dans un pavillon résidentiel près de Montargis[951], Jacqueline Sauvage charge le fusil familial et tire dans le dos de son mari Norbert Marot, le tuant de trois coups de feu. Pour expliquer son geste, Jacqueline Sauvage affirme avoir eu peur pour sa vie et celle de ses enfants, à la suite de menaces qui auraient été proférées par son mari le matin et dont elle a cru qu'il allait les mettre à exécution. Le meurtre s'inscrirait selon elle dans un contexte de 47 années de violences conjugales, dont certaines le jour même. Les trois filles du couple confirment les violences de leur père sur leur mère et indiquent qu'elles ont été abusées sexuellement par leur père. D'autre part, le mari était connu par ses voisins et par les habitants du village comme ayant un caractère violent et injurieux. Le 28 octobre 2014, la cour d'assises du Loiret condamne Jacqueline Sauvage à dix ans de réclusion criminelle, la légitime défense n'ayant pas été retenue. Jacqueline Sauvage décide d'interjeter appel. Mais le verdict sera confirmé par la cour d'assises du Loir-et-Cher le 3 décembre 2015[952]. Des pétitions sont alors mises en ligne et une demande de grâce partielle est adressée au Président de la République, qui sera accordée le 31 janvier 2016[953].

Toutefois le 12 août 2016, Le tribunal d'application des peines de Melun a refusé la remise en liberté conditionnelle. Le tribunal a notamment précisé que la médiatisation en faveur de sa libération n'était pas propice à une introspection individuelle sur la gravité de l'acte commis[954]. Le parquet a interjeté appel de cette décision. Le 16 août 2016, les avocates de Jacqueline Sauvage ont annoncé que cette dernière renonçait à former un appel à l'encontre de la décision de refus de mise en liberte, « épuisée de l'acharnement judiciaire à son encontre ». Cependant, le 21 août, leur cliente change d'avis et maintient son appel.

Sur la question d'une réforme pénale visant à insérer une excuse ou un nouvel état de légitime

---

[951] J. PRADEL et C. MERITAN, *L'affaire Jacqueline Sauvage*, RTL [en ligne], 22 janvier 2016.

[952] Sur cette affaire : C. BOURGNEUF, *Jacqueline Sauvage en partie graciée mais toujours condamnée*, Libération [en ligne],1er février 2016.

[953] « Le président de la République, en application de l'article 17 de la Constitution et après avis du ministre de la justice, a décidé d'accorder à Madame Jacqueline SAUVAGE une remise gracieuse de sa peine d'emprisonnement de 2 ans et 4 mois ainsi que de l'ensemble de la période de sûreté qu'il lui reste à accomplir.
Cette grâce lui permet de présenter immédiatement une demande de libération conditionnelle.
Le président de la République a voulu, face à une situation humaine exceptionnelle, rendre possible, dans les meilleurs délais, le retour de Mme Sauvage auprès de sa famille, dans le respect de l'autorité judiciaire» [en ligne], *Communiqué de l'Elysée*, Disponible en ligne sur :
http://www.elysee.fr/communiques-de-presse/article/jacqueline-sauvage/

[954] « La demande de libération conditionnelle de Jacqueline Sauvage rejetée », *Le Monde*, [en ligne], 12 août 2016.

défense des « femmes battues »[955], Luc Frémiot, avocat général qui avait requis l'acquittement d'Alexandra Lange, considère que « la légitime défense différée n'est pas envisageable, et la loi actuelle est suffisante, à travers les notions d'état de nécessité, pour traiter ces cas de façon juste. D'autre part, une application aux seules femmes battues constituerait une rupture inconstitutionnelle d'égalité devant la loi, puisqu'il existe aussi, bien que de façon plus rare, des cas d'hommes battus[956] ». L'état de nécessité à défaut de légitime défense pourrait alors fonder les futurs verdicts d'acquittement. Il nous paraîtrait opportun d'en définir les contours, du moins sous un angle doctrinal.

II. Des violences psychologiques au harcèlement

Une fois encore, le juge et le législateur ont poursuivi un objectif commun tenant compte de l'influence du lien conjugal et domestique pour faire de la conjointe, une personne à protéger. D'une part, le juge a exploité sa lecture extensive des textes relatifs aux violences pour l'appliquer aux violences psychologiques (**A**), pratique qui sera consacrée par la loi du 9 juillet 2010. D'autre part, le législateur a profité du bon accueil du délit de harcèlement pour en faire une infraction spécifique commise au sein du couple (**B**).

A. L'avènement des violences psychologiques

Comme l'a fait remarqué Jacques-Henri Robert, la violence dans la sphère privée que constitue la famille ne se résume pas à la seule violence physique[957] ou encore sexuelle. À côté de la violence physique ou sexuelle, le législateur réprime en effet également la violence

[955] La députée Valérie BOYER a annoncé le dépôt d'un projet de loi visant à élargir la notion de légitime défense. Ce projet s'inspirerait de la loi canadienne du syndrome de la femme battue, qui reconnaît l'état d'emprise dont sont victimes les femmes battues. La délégation aux droits des femmes de l'Assemblée Nationale est d'avis de privilégier une initiative dans le cadre du projet de loi « Justice du XXI^{e} siècle ».
[956] Dans, « Un projet de loi pour les femmes battues sans légitime défense », *La Voix du Nord* du 15 janvier 2016.
[957] A.-G. ROBERT, *op. cit.* 911.

psychologique et le harcèlement moral au sein des couples actuels ou passés. En effet, les violences volontaires peuvent être non seulement des violences physiques mais également des violences psychologiques[958]. La réforme du 9 juillet 2010 qui introduit dans le Code pénal les violences psychologiques[959] ne fait que consacrer une jurisprudence désormais parfaitement établie qui avait considéré que « le délit de violences volontaires pouvait être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique[960] ». Il suffit donc que l'acte soit de nature à provoquer une sérieuse émotion, même s'il n'atteint pas matériellement la victime, pour constituer une violence volontaire. Cette nouvelle incrimination ne modifie pas en réalité le fond du droit : les violences psychologiques étaient déjà largement prises en compte par la jurisprudence. En 1990, la Chambre criminelle avait notamment jugé que constitue des violences psychologiques l'envoi d'un colis d'excréments[961].

À s'en tenir à la définition commune des violences psychologiques, les violences matérielles, comme les dégradations volontaires telles que le véhicule de la victime par exemple, ou économiques à l'exemple de l'interdiction faite à la victime de travailler, peuvent être de nature à provoquer une vive émotion. De la même manière, le fait de confisquer des documents administratifs tels qu'une pièce d'identité constitue également une violence psychologique. Dès lors, il importe peu que la plupart de ces faits soient répréhensibles pénalement[962].

B. La création d'une infraction spécifique : le harcèlement moral au sein du couple

[958] O. BELINGA, « Brisez le silence avant qu'il ne vous brise ! », *AJ fam. 2010*. 520 s.
[959] C. pén., art. 222-14-3, précisant que les violences prévues par les art. 222-1 et suivants du même code sont réprimées, quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques.
[960] Cass. Crim. 19 févr. 1892, *D.* 1892. 1. 550 ; Cass. Crim. 2 sept. 2005, pourvoi n° 04-87.046 *Rev. Sc. Crim*. 2006. 69, obs. MAYAUD ; Cass. crim. 18 mars 2008, pourvoi n° 07-86.075, *Dr. pénal* 2008. Comm. 81, note VERON ; *Rev. Sc. Crim.* 2008. 587, obs. MAYAUD.
[961] Cass. Crim. 8 nov. 1990, *Dr. pénal* 1991. 102.
[962] *Cf.*, en ce sens, C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam*., 2010., n°9, étude 20, spéc. n° 5

La répression des violences commises sur le conjoint a fait l'objet d'une loi du 9 juillet 2010, dont on a pu se demander si les groupes de pression qui l'ont inspirée ne sont pas allés trop loin. On sait en effet qu'une loi excessivement répressive remplit rarement le rôle qui lui avait été fixé. La loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants a introduit dans le Code pénal un délit de harcèlement moral au sein du couple. Le harcèlement moral au sein du couple est désormais une infraction punissable. Il se traduit par des agissements répétés ayant pour conséquence une dégradation des conditions de vie qui se manifeste par une altération de la santé physique ou mentale. Ces faits sont réprimés lorsqu'ils sont commis par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité (PACS), le concubin ou par l'ex-conjoint, de l'ex-partenaire ou de l'ex-concubin. Ce délit de violence psychologique au sein du couple est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende ou cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, selon la gravité du dommage[963].

Cette nouvelle infraction inscrite à l'article 222-33-2-1 du Code pénal réprime le fait de harceler par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie se traduisant par une altération de la santé physique ou mentale. En comparaison au harcèlement sexuel[964], ce texte a l'avantage de préciser que les agissements

---

[963] Rapport d'information déposé en application de l'art. 145-7 du règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

[964] *Cf. contra* décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 relative au harcèlement sexuel :
« 4. considérant que, dans sa rédaction résultant de la loi du 22 juillet 1992 susvisée, le harcèlement sexuel, prévu et réprimé par l'article 222-33 du nouveau code pénal, était défini comme « le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » ; que l'article 11 de la loi du 17 juin 1998 susvisée a donné une nouvelle définition de ce délit en substituant aux mots « en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes », les mots : « en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves » ; que l'article 179 de la loi du 17 janvier 2002 susvisée a de nouveau modifié la définition du délit de harcèlement sexuel en conférant à l'article 222-33 du code pénal la rédaction contestée ;
5. considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la constitution ;
6. considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la constitution : « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de

doivent être répétés. En outre, une partie de la doctrine, à l'image de Michèle-Laure Rassat, ne lui trouve aucun sens précis. « Il semble que la dégradation des conditions de vie et le fait qu'elle a eu pour but ou eu pour résultat une altération de la santé physique ou mentale ne sont pas deux éléments matériels distincts mais un seul, complexe, puisque la dégradation des conditions de vie doit "se traduire par" celle de la santé. Mais, qu'est-ce qu'une dégradation des conditions de vie ? A quoi peut-on voir qu'une altération de la santé mentale de quelqu'un est due à un harcèlement par une autre personne ? Comment établir l'infraction si le comportement, qui avait "pour objet" d'arriver à ces conséquences, n'en a eu aucune ? En toute hypothèse l'établissement de cette infraction supposera une ou plusieurs expertises ce qui paraît imposer une instruction. S'il n'a pas eu de conséquence ou s'il n'a entraîné qu'une incapacité de moins de huit jours, ce délit est puni de trois ans d'emprisonnement et 45000 € d'amende, ce qui est d'une gravité absurde si l'on se souvient que les violences corporelles n'ayant entraîné qu'une incapacité de moins de huit jours sont une contravention de la cinquième classe. Si l'incapacité de travail a été supérieure à huit jours, les peines deviennent cinq ans et 75 000 €[965] ».

Nonobstant les efforts du législateur pour définir l'incrimination, la constitutionnalité du harcèlement moral par conjoint ou concubin a été contestée[966]. La question portait sur la précision de la matérialité des faits susceptibles d'être sanctionnés sous cette qualification. Le requérant soutenait que l'article 222-33-2-1 du Code pénal, ne définissait pas suffisamment les éléments constitutifs du délit de harcèlement moral par conjoint ou concubin et méconnaissait ainsi les principes de légalité des délits et des peines ainsi que les principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique. Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 2010 que les parlementaires ont souhaité éviter tout risque de contrariété à la Constitution en définissant précisément les éléments constitutifs de cette infraction. Les sénateurs ont ainsi imposé la référence à des agissements répétés afin de traduire sans ambiguïté l'intention malveillante de l'auteur, outre la nécessité d'établir une corrélation entre la dégradation des conditions de vie résultant du harcèlement et ses

---

constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ;

7. Considérant que l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date »

[965] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°452, p. 518.

[966] A. BONNET, « les infractions familiales et leur constitutionnalité » *AJ fam*., 2012, p.603.

conséquences sur la victime, à savoir le constat d'une altération de sa santé physique ou mentale.

Relativement au délit de harcèlement moral « général » prévu à l'article 222-33-2 du Code pénal, la Cour de cassation avait déjà indiqué que cette infraction était « clairement et précisément définie dès lors qu'elle exige, en premier lieu, la répétition intentionnelle d'actes ayant pour but ou pour effet une dégradation des conditions de travail, et, en second lieu, que ces actes soient de nature à porter atteinte aux droits de la personne au travail, à altérer sa santé ou à compromettre son avenir professionnel » ; et ce, en conformité avec les exigences conventionnelles tirées de l'article 7 de la Convention Européenne des droits de l'Homme[967]. Et l'inconstitutionnalité du harcèlement sexuel n'y a rien changé. En effet, tant la Chambre sociale que la Chambre criminelle ont considéré que la décision d'abrogation de cette infraction ne constituait pas un changement de circonstances susceptibles de justifier un nouvel examen de la constitutionnalité du délit de harcèlement moral[968]. La Chambre criminelle en particulier avait déjà refusé le renvoi au Conseil constitutionnel de ce délit dans une décision du 7 juin 2011[969], dans la mesure où l'article 222-33-2 avait déjà été déclaré conforme à la Constitution dans le cadre de son contrôle *a priori*[970].

S'agissant du harcèlement moral commis au sein du couple, la Chambre criminelle a logiquement conclu au non-renvoi, estimant que la question ne présentait pas de caractère sérieux « dès lors que les dispositions légales critiquées définissent, de manière claire et précise et dans le strict respect du principe de légalité des délits et des peines, le délit de harcèlement moral par conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin, lequel nécessite des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie de la victime se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale [971]». La Haute juridiction affirme ainsi que ce texte se limite à renvoyer à des notions

[967] Cass. Crim. 15 mars 2011, pourvoi n° 09-88.627
[968] Cass. Soc., Qpc, 11 juill. 2012, pourvoi n° 12-40.051, *D*. 2012. 1967 ; Cass. Crim., Qpc, 11 juill. 2012, pourvoi n° 11-88.114, *D*. 2012. 1967 ; dans le même sens : Cass. Crim., Qpc, 25 juill. 2012, pourvoi n° 12-90.036, 12-90.034 et 11-89.125. *cf*. A. BORZEIX, *supra* p. 588.
[969] Cass. Crim., Qpc, 7 juin 2011, pourvoi n° 11-90.041.
[970] Cons. Const., 12 janv. 2002, pourvoi n° 2001-455 DC, *AJDA* 2002. 1163, étude F. RENEAUD ; *D*. 2003. 1129, et les obs. l. GAY ; *ibid*. 2002. 1439, chron. B. MATHIEU ; Rev. Sc Crim. 2002. 673, obs. V. BÜCK ; *ibid*. 674, obs. V. BÜCK.
[971] Cass. Crim., QPC, 18 sept. 2012, pourvoi n° 12-90.047.

dont l'interprétation « *entre dans l'office du juge pénal*[972] ».

La prise en compte du harcèlement moral permet ainsi de mieux appréhender les violences au sein des couples lorsqu'il existe une domination de l'un des membres du couple sur l'autre qui le met dans une situation de dépendance affective, sociale et économique en lui faisant perdre tout libre arbitre[973].

[972] Cass. Crim., QPC, 7 juin 2011, pourvoi n° 10-88.260 et Cass. Crim., QPC, 3 avr. 2012, pourvoi n° 12-90.005.
[973] Il s'agissait d'une revendication des associations finalement reconnue par le législateur, *cf.* F. PILLET, *Rapport fait au nom de la commission des lois, Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes* [en ligne], Paris, Sénat, n°564, 2010.

CHAPITRE 2

L'INGERENCE DU LEGISLATEUR ET DU JUGE DANS L'APPRECIATION DES RELATIONS SEXUELLES ENTRE EPOUX.

« L'amour n'est que le roman du cœur, c'est le plaisir qui en est l'histoire[974] ». Cet extrait de l'œuvre de Beaumarchais définit précisément la vision du droit traditionnellement portée sur l'amour charnel : une histoire des prétoires marquée par la haine et l'exhibition des torts. Pour qui n'a pas lu la jurisprudence sur le sujet, le devoir conjugal, apanage de la vie intime du couple, semble épargné par notre droit. Les pratiques sexuelles correspondent au droit le plus strict des époux, dans la limite de ne pas porter atteinte à l'intégrité du corps de l'autre.

Si cette réflexion s'avère aujourd'hui évidente, cela n'a pas toujours été le cas. En effet, le droit a décidé de se saisir de cette question. En vérité, une multitude de décisions, surtout rendues au cours du XIXe siècle, a sanctionné le comportement sexuel des époux. Selon Marcella Iacub, la jurisprudence a « transformé la nature volontaire et intellectuelle du mariage en une union normale des corps et des chairs[975] ».

Il est surprenant de voir que le juge, plus que le législateur, s'est senti investi du pouvoir de statuer sur les agissements des époux jusque dans le lit conjugal. Le procès est alors devenu un enjeu de vérité où les juges ont dû entrer dans la sphère la plus intime des époux pour y découvrir et surtout apprécier la réalité et la conformité de leurs pratiques sexuelles. Corinne Saint-Alary-Houin le résume parfaitement : « empreint de morale et exprimant un certain

[974] P. A. C. de BEAUMARCHAIS, *Le mariage de Figaro*, acte V, scène 7.
[975] M. IACUB, *Le crime était presque sexuel : et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPEL, 2002, p. 124.

ordre social, le droit est nécessairement conduit à porter un jugement de valeur »[976] sur le devoir conjugal. Les rapports intimes des époux sont ainsi exposés sur la scène publique, grâce à l'institution judiciaire qui s'en est faite l'écho dans les salles d'audiences.

Pour saisir la difficile question de l'appréciation des relations sexuelles par le droit, il convient de comprendre en quoi il existe une divergence d'interpénétration entre diverses branches du droit, qui ne peuvent s'appréhender que les unes par rapports aux autres. On ne peut toutefois comprendre ce que représente juridiquement le devoir conjugal sans examiner un instant la manière dont il est perçu par le droit canonique. Ce dernier servira pendant longtemps de fondement ou de raisonnement aux autres branches du droit amenées à s'intéresser aux rapports charnels des époux.

Le droit romain avait une vision purement consensuelle du mariage, car l'union sexuelle n'y est pas juridiquement nécessaire pour la validité du mariage : *nuptias non concubitus sed consensus facit*. Le droit canonique donnait par contre à la *copula carnalis*[977] un rôle essentiel. La consommation du mariage est une condition de perfection du mariage. L'union charnelle agit doublement sur le mariage : elle le fait et en est un effet. Une fois consommé, le mariage qui prend alors le nom de *matrimonium ratum ac consommatum*, est considéré comme parfait[978], et ne peut plus être dissout. C'est également la raison pour laquelle l'âge pubère est requis pour se marier. Vue sous l'angle des effets de l'union conjugale, la *copula carnalis* doit être réalisée pour que le mariage ait une raison. Il existe donc une dette d'un époux à l'égard de l'autre : le *debitum conjugale*[979]. C'est une règle morale essentielle fondée sur la procréation, un moyen institué par Dieu pour la propagation du genre humain[980], qui érige en empêchement à mariage l'impuissance et l'homosexualité.

Plus qu'une règle de fond du mariage, l'Eglise voit dans le devoir conjugal une pratique largement encadrée. En effet, la doctrine canonique n'hésite pas à quantifier la fréquence des

---

[976] C. SAINT ALARY HOUIN, « La sexualité dans le droit civil contemporain », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1985, vol. 34, p. 7.
[977] « Union des chairs »
[978] Le canon 1015§1 définit le mariage consommé comme celui qui est consacré par l'acte conjugal : « *quo conjugues fiunt una caro.* »
[979] Terme emprunté à saint Paul, I cor, VII, 3, 4.
[980] R. NAZ, *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, Librairie Letouzet et Ané, 1957, v° « *debitum conjugale ».*

rapports auxquels doivent se prêter les époux. A ce titre, l'Officialité de Paris imposait aux maris de connaître charnellement leur épouse deux fois par semaine. Celle-ci va même jusqu'à apprécier qualitativement la *copula carnalis* pour sanctionner celles qui seraient pratiquées « d'une manière contraire à l'ordre naturel[981] ». La copulation implique une inséparabilité entre l'acte et sa conséquence : la conception de l'enfant[982]. Cette doctrine, dont la plus célèbre illustration est l'œuvre de Thomas Sanchez[983], utilise les textes bibliques pour alimenter ses discours moralisateurs. Ainsi, le déluge serait-il la conséquence de l'attitude de femmes qui auraient abusé des hommes en adoptant des positions canoniquement contre nature. Les manuels de confesseurs, pour la plupart rédigés au XVIIIe siècle, enseignent aux prêtres la façon dont ils doivent appréhender les pratiques sexuelles des couples mariés. Pour l'Abbé Mangin, la luxure est une « passion maudite (qui) allume dans l'âme et dans le cœur de ceux qu'elle tyrannise ces flammes noires qu'on ne peut mieux comparer à celles de l'enfer ; c'est elle qui fait de l'homme une bête immonde qui se vautre et se plaît dans l'ordure et dans la boue, et qui fait du temple du Saint Esprit la retraite de tous les esprits impurs, et des membres de Jésus-Christ les membres d'une prostituée[984] ».

En somme, le discours canonique se révèle totalement moralisateur, dictant aux époux le comportement qu'ils doivent adopter jusqu'à leurs moments les plus privés. Tout acte contraire à cette morale mérite d'être réprimé et la justice ecclésiastique ne s'en prive pas. Le Code canonique de 1917 rappelle dans son canon numéro 1081 : « chaque partie donne et reçoit le droit perpétuel et exclusif sur le corps de son conjoint afin de permettre les actes propres à donner la vie[985] ». Cette justice canonique qui paraît aujourd'hui issue d'un autre temps a fortement pénétré les esprits de générations de juristes et a marqué de son sceau tant la justice civile que pénale, sur le thème des conséquences sexuelles du mariage.

Pour comprendre en quoi le législateur et le juge se sont ingérés dans l'appréciation des

---

[981] M. DAON, *Conduite des confesseurs dans le tribunal de la pénitence, selon les instructions de Saint Charles Borromée et la doctrine de Saint François de Sales*, Nouvelle édition, Paris, Méquignon Junior, librairie de la faculté de théologie, 1828, p. 85.
[982] A. SERIAUX, *Droit canonique*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996, p. 615.
[983] T. SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, Anvers [Belgique], Martinum Nutium, 1607.
[984] Abbé de MANGIN, *Science des confesseurs, ou décisions théologiques, canoniques, dogmatiques, et morales, sur toutes les parties de la doctrine chrétienne : en forme de conférences ecclésiastiques ...*, Paris, Bauche, 1757, tome V : 94.
[985] Le Code de droit canonique, publié en 1917 sous le pontificat de Benoit XV comporte 2414 articles qui constituent le droit le l'Eglise catholique en vigueur jusqu'à l'édiction du Code canonique du 1983.

relations sexuelles entre époux, il sera d'abord examiné les relations intimes entre les époux pour y déceler une faute constituée par une pratique « injurieuse », qui aura pour conséquence la dissolution du mariage (**Section 1**). Ensuite, nous verrons comment le juge a apprécié davantage les comportements sexuels imposés par le mari, qui pourront être qualifiés d'abord d'attentat à la pudeur puis de viol (**Section 2**).

Section 1 - Les rapports sexuels à l'origine de la dissolution du mariage

Avant de devenir l'une des causes privilégiées de divorce retenue par le juge de la famille (**II**), le Code civil de 1804 ne laissait en rien présager que les rapports sexuels allaient être utilisées de cette manière (**I**).

I. D'un Code civil volontairement circonspect à une jurisprudence introspective

Notre Code civil, que l'on présente ordinairement comme un Code « désincarné »[986], reste muet au sujet du devoir conjugal. Le Code Napoléon n'avait pas prévu d'indiquer au titre des obligations qui incombaient aux époux celle d'avoir des relations sexuelles. Toutefois, il existait une référence au devoir de cohabitation, devenu par la suite une obligation de communauté de vie. Au terme de l'article 214 du Code civil dans sa rédaction originelle, « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état ». Il s'ensuit que le mari ne peut chasser sa femme de la maison conjugale, et celle-ci ne peut se plaindre d'une violation de domicile lorsqu'il prétend forcer la porte. Cette obligation implique une communauté physique qui englobe selon la majorité des auteurs, le devoir conjugal. Le devoir de cohabitation oblige donc non seulement à une

[986] C. SAINT ALARY HOUIN, *op. cit*., p. 7

communauté de toit, mais aussi à une communauté de lit[987]. La jurisprudence, se conformant à une tradition canonique, a rapidement admis que le devoir de cohabitation comprenait la dette conjugale[988].

La procédure de divorce sera pour le juge civil l'occasion de mesurer la teneur des relations conjugales intimes. Cette judiciarisation du devoir conjugal débute dès les premières années du Code civil. A cette époque les magistrats, pour la plupart nés sous l'Ancien Régime, sont encore très imprégnés par une morale chrétienne qui durera tout au long du XIXe siècle. Pendant le siècle dernier, pourtant moins marqué par l'esprit de religiosité, ces causes de dissolution du lien conjugal conserveront toute leur vigueur. Alors comment la jurisprudence a-t-elle pu considérer comme une cause de divorce, le défaut voire l'ambiguïté des relations charnelles au sein du couple marié ? Pour répondre à cette question, il est essentiel d'envisager quelle a été l'évolution du droit quant à la possibilité pour le couple marié de mettre fin à leur union (**A**) avant d'évoquer particulièrement la notion d'excès, sévices et injures graves, constituant l'unique cause de dissolution du mariage (**B**).

A. Le droit évolutif du divorce et de la séparation de corps entre la Révolution française et la Première Guerre mondiale

Le divorce pose la question de la dissolution d'un lien présent au moment du mariage, et qui n'existerait plus. L'histoire de la dissolution du lien matrimonial depuis la Révolution[989] montre en quoi ce problème a été, durant près de deux siècles, au cœur d'une controverse mêlant à la fois culture religieuse et règles de droit. Ces dernières règles normatives, précisément inscrites dans le Code civil, ont été plus ou moins complices des exactions commises dans les relations entre époux. Plus proche de notre sujet, elles ont facilité le maintien d'un devoir conjugal

[987] A rapprocher de l'adage de l'Ancien Droit : « boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble. » cité par A. LOYSEL, *Institues coutumières, manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et M. Edouard Laboulaye, Paris, Durand et Videcoq Père et fils libraires, 1846.
[988] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, tome 2 : La famille: mariage, divorce, filiation*, 2e édition, Paris, LGDJ, 1952.
[989] J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.,* pp 133-136 ; J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, Lyon, L'Hermès, 1998, pp 67-92 ; P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, Larose et Forcel, 1893, pp 443-452.

difficile à assumer de la part des conjoints et d'épouses devenus victimes de violences ou d'actes jugés contre-nature. La série de réformes débute en 1792[990], date à laquelle le législateur a supprimé la séparation de corps instituée depuis l'Ancien Régime pour y substituer le divorce qui pouvait être prononcé par consentement mutuel et même pour incompatibilité d'humeurs. Ont été invoqués à l'appui de cette réforme, deux motifs : le premier fondé sur la nature du mariage envisagée par la constitution de 1791 comme un contrat civil[991] et le second qui consiste à considérer l'indissolubilité du lien conjugal comme une perte de la liberté individuelle. Ensuite, la Convention, en l'an II[992], a facilité la procédure de divorce avant de revenir sur le dispositif adopté en 1792[993]. Le Directoire, trois ans plus tard[994], mettra fin au divorce pour incompatibilité d'humeur. A la même époque, lors du Concile de 1797, l'Eglise constitutionnelle affirma son attachement à la doctrine évangélique et à l'indissolubilité du mariage. La loi du 30 ventôse an IX[995], dont le texte allait devenir les articles 229 et 311 du Code Napoléon, a choisi de laisser aux époux l'alternative d'un divorce ou d'une séparation, mais en les soumettant à des conditions plus strictes que celles de 1792. Au-delà d'un divorce par consentement mutuel entouré d'un formalisme qui rebutait les époux, il existait trois causes de divorces : adultère, condamnation à une peine infamante, et sévices ou injures graves.

Une fois la Charte de 1814 octroyée, le débat sur le divorce est relancé. En effet, le catholicisme reconnu religion d'Etat remet, une nouvelle fois, en cause la dissolution du mariage. Le 8 mai 1816, une loi proposée par le vicomte de Bonald a supprimé du Code civil, le titre VI intitulé « Du divorce », « dans l'intérêt de la religion, des mœurs, de la monarchie et des familles[996] » pour ne laisser subsister que six articles du Code civil sur la séparation de corps. Cette séparation ne devait être prononcée que pour causes déterminées. A la différence du divorce, la séparation maintenait les obligations des époux l'un envers l'autre. Ce qui signifie que les époux étaient autorisés à vivre séparément et la communauté était alors

[990] Décret du 20 septembre 1792.
[991] Inspiré du droit romain.
[992] Décrets des 8 nivôse et 4 floréal an II.
[993] A Toulouse, on compte en 1793 un divorce pour dix mariages, environ un pour quatre en 1794 et presque un pour deux dans les six mois allant de floréal à fructidor an II, statistiques citées par J.-.Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.,* p. 134.
[994] Loi du premier jour complémentaire an V (17 septembre 1797).
[995] mars 1803.
[996] L. de BONALD, cité *in* J.F. LAE,

réglée ; en revanche, le mariage n'était pas dissout : non seulement les séparés ne pouvaient pas se remarier, mais la femme demeurait incapable[997]. Même si la procédure de séparation de corps était peu ancrée dans les mœurs de l'époque[998], le nombre des demandes ne cessa de progresser dans la seconde moitié du XIXe siècle à l'initiative des femmes[999], et plus précisément « des mères de famille d'âge mûr, qui invoquaient en grande majorité des sévices, excès et injures graves ». Cette évolution, qui reflète le passage d'une procédure intentée d'abord par les classes bourgeoises, puis vers 1851, par les ouvriers et les domestiques, prouve parfaitement que les mentalités sont dorénavant prêtes à voir le divorce redevenir le moyen d'annihiler le lien matrimonial.

Dans cet état d'esprit, les réactions qui réclamaient le retour du divorce ont été nombreuses[1000], mais elles se sont heurtées à l'opposition de la Chambre des pairs. Parmi les plus illustres, celle de Couturier de Vienne, en 1848, qui s'exprima en ces mots : le divorce « salutaire épouvantail », « remède héroïque, mais indispensables à de bien tristes souffrances » viendra « raffermir le ménage et la famille »[1001]. Ce juriste avait très bien compris à quel point laisser subsister des couples gangrenés par les rancœurs et souffrant d'une absence de liens affectifs était dangereux pour la société.

En effet, le cadre domestique reste le vecteur d'une violence d'une particulière intensité que ne manqua pas de souligner Jean-Claude Chesnais dans son ouvrage relatif à l'histoire de la violence[1002]. En 1830, le chiffre des meurtres, assassinats et empoisonnements liés à des conflits internes au groupe familial est de 12 %. Ils se partagent en deux catégories : la mésentente entre membres de la famille (mariage, héritage) et les effets de la passion entre les sexes[1003]. Les « dissensions domestiques et discussions d'intérêt entre parents » sont la cause de 51 meurtres tandis que « l'amour dédaigné, la jalousie, la débauche (adultère,) » sont à l'origine de 61 meurtres. Cette dernière catégorie rassemble bon nombre de préméditations.

---

[997] J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p. 90.
[998] « leur nombre, 1000 par an jusqu'en 1840, et plafonnant à environ 3700 en 1880, ne représentait qu'une part infime des mariages. », cité par J.-L. HALPERIN, *id*.
[999] 85 % des demandes en séparation de corps émanent de femmes.
[1000] 1831, 1832, 1833, 1834.
[1001] COUTURIER de VIENNE, *Réforme de l'ordre judiciaire, Rétablissement du divorce*, Pétition adressée à l'Assemblée nationale constituante, Paris, cité par P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, Larose et Forcel, 1893.
[1002] J.-C. CHESNAIS, *op. cit.*, Chapitre III – La criminalité familiale, infanticide, empoisonnement et parricide.
[1003] *Compte général de l'Administration de la Justice criminelle*, Paris, 1830.

Il faudra attendre la loi du 27 juillet 1884 pour voir le divorce reparaître dans la législation française. Cette loi votée sur proposition du sénateur radical Alfred Naquet[1004] n'a fait que reprendre les causes de divorce établies en 1804 à l'exception absolue du consentement mutuel, la conception qui a été alors retenue était celle d'un divorce-sanction[1005]. Cette réglementation sera maintenue, à peu de chose près[1006], dans les mêmes termes jusqu'en 1975.

B. Les causes déterminées de divorce : les excès, sévices et injures graves

Hormis le cas de l'adultère prévu à l'article 229, le Code civil de 1804 envisageait d'autres causes de divorce fondées sur les excès, sévices et injures graves[1007]. Ces causes sont identiques lorsqu'il s'agit de motiver la séparation de corps[1008], surtout lorsque le divorce a été abrogé en 1816. « Les excès, sévices et injures graves de l'un des époux envers l'autre, sont une cause de divorce parce qu'ils renferment une infraction également contraire au contrat par lequel ils se sont promis assistance et secours mutuels [1009]». Ces termes dont le sens ne revêt pas une réalité certaine, ont laissé à la jurisprudence toute latitude pour déterminer à quoi ils devaient correspondre. Ont été d'abord distinguées les injures verbales des injures réelles ; les premières pouvant « avoir lieu de vive voix ou par écrit » et « comprennent les propos insultants, les termes de mépris, les imputations calomnieuses ou diffamatoires» et les secondes « comprennent les faits qui constituent une insulte, un outrage ou une marque de mépris[1010] ».

[1004] A. NAQUET, *Religion, propriété, famille,* Paris, éditions Poupart Davyl, 1869.

[1005] « Les juges ont toléré les pratiques par lesquelles des époux, d'un commun accord et parfois assistés d'officines spécialisées dans l'organisation des divorces, simulaient des injures, un adultères ou un abandon du domicile conjugal, déguisant de véritables divorces par consentement mutuel. Ce laxisme a favorisé l'augmentation constante du nombre des divorces (autour de 4000 en 1885 et un peu plus de 7000 en 1900. » J. L. THIREAU, *op. cit.*, p. 81.

[1006] Quelques modifications intervenues : par une loi du 18 avril 1886 qui a simplifié la procédure, une loi du 6 février 1896 qui fait la promotion de la séparation de corps au détriment du divorce.

[1007] Art. 231 C. napoléon, promulgué le 10 germinal an XI : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un envers l'autre ».

[1008] Art. 306 C. civ.

[1009] M PROUGHON et M. VALETTE, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, Paris, 1848, tome 1, p. 490.

[1010] C. AUBRY et C.RAU, *Cours de droit civil français*, tome 5, Paris, 1878, pp. 175-176.

Jusqu'à leur insertion dans le Code civil, les injures graves n'étaient utilisées que dans un sens pénal pour désigner le fait de tenir publiquement des propos offensant dans la presse et dans les assemblées locales, les réunions politiques ou dans les prétoires[1011]. « Cette migration de l'injure du Code civil au Code pénal » exprime toute une démarche de « réélaboration du sens du mot[1012] », du passage d'une signification déterminée en droit pénal à un sens indéterminé d'un point de vue civil, et même d'une valeur d'ordre public à une autre d'ordre privé. Ceci à cette nuance près, que sous couvert des injures graves, les juges civils se sont immiscés dans la vie des époux pour déceler les dysfonctionnements du couple au regard d'un modèle prédéterminé, commandé par une morale juridico-religieuse. Aubry et Rau ont pu écrire à ce sujet que « les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire le plus étendu, quant à l'appréciation du point de savoir si les sévices et injures dont l'un des époux est victime, sont assez graves pour justifier une demande en séparation de corps[1013] ». D'autres plus résignés ont conclu que le législateur n'a pu que s'en remettre à la prudence des tribunaux, car il fallait que les faits soient graves pour mettre un terme au mariage, le divorce n'étant qu'un « remède extrême accordé aux époux victimes d'une union insupportable[1014] ». Dès lors, toute violation par l'un des époux d'un devoir né du mariage ou toute atteinte à la dignité de l'autre sera assimilée à une injure justifiant le divorce[1015]. Seront considérés comme injurieux, tous actes contraires aux bonnes mœurs et à la vertu que doit véhiculer l'institution du mariage. A la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit à quel point les magistrats s'immiscent dans le couple pour y trouver des failles pouvant légitimer la rupture du lien matrimonial. Les faits constitutifs d'injures graves sont divers et variés, il s'agit des écarts à la fidélité, les pratiques diffuses et multiples de la vie domestique, les douleurs des rapports amoureux, …

Le juge de la famille, après être entré dans le secret de la famille en anéantissant son unité par le prononcé du divorce, explore un secret encore plus profond qu'est le couple et ce qui se déroule dans le lit conjugal. Ainsi, l'emploi du mot « lit » dans des expressions telle que l'enfant d'un premier lit, permet de percevoir toute « la charge corporelle de l'alliance, la

---

[1011] Art. 375 C. pén. de 1810 : « Quant aux injures ou expressions outrageantes qui ne renfermeraient l'imputation d'aucun fait précis, mais celle d'un vice déterminé, si elles ont été proférées dans des lieux ou réunions publics, ou inséré dans des écrits imprimés ou non, qui auraient été répandus et distribués, la peine sera une amende de 16 francs à 500 francs. ».
[1012] J.-.F LAE, *L'Ogre du jugement, Les mots de la jurisprudence,* Paris, Stock, 2001, p. 64.
[1013] C. AUBRY et C. RAU, *op.cit.,* p 177.
[1014] M. VALETTE, *op. cit.* , p. 491.
[1015] J.-L. THIREAU, *op. cit.*, p. 81.

fascination pour les relations sexuelles », autrement dit « la cible de l'inquisition judiciaire [1016]». L'histoire de la notion d' « injures » donne donc une image de la création d'une série de torts, de prohibitions au sein du couple, ainsi que l'élaboration d'un idéal induit par une pratique sexuelle déterminée, quasiment normalisée. Comme nous l'avons évoqué plus haut, ce concept d' « injures », nouveau pour le droit civil, est connoté pénalement. Ceci apparaît parfaitement à la lecture de la jurisprudence relative au divorce et à la séparation de corps qui conserve un caractère hybride à mi-chemin entre le droit privé et le droit pénal. Une étude de cette jurisprudence nous conduira à en capter toute l'intensité.

Il faudra attendre 1975 pour voir retomber cet intérêt pour les relations intimes dans le couple. En effet, la loi portant réforme du divorce[1017] est venue entièrement refondre la législation. Elle ne retient plus seulement la notion de faute comme cause de divorce, celle-ci pouvant ici être rapprochée des injures, et plus encore elle institue plusieurs fondements à cette procédure la « dédramatisant » largement[1018]. C'est certainement la raison pour laquelle le nombre d'instances fondées sur une cause d'ordre sexuel a diminué.

II. L'appréciation de la sexualité du couple à l'occasion des procédures de divorce et d'annulation du mariage

La jurisprudence civile du fond est foisonnante sur la question des rapports intimes entre les époux. Sous couvert du concept d'injures graves des articles 231 et 306 du Code civil de 1804, les juges ont véritablement opéré une appréciation quantitative et qualitative des relations charnelles, allant même parfois jusqu'à une étude introspective sur la féminité anatomique des épouses ainsi que sur la façon dont le couple s'unissait pour statuer sur le divorce ou la séparation. Ainsi, les magistrats se gardaient une large marge pour déterminer l'injure au regard du devoir conjugal ou plus exactement du *debitum conjugale*, car il est clair que c'est de ce concept théologique qu'ils s'inspiraient. Plusieurs thèmes revenaient donc de façon

[1016] J.-.F LAE, *L'Ogre du jugement, op. cit.,* p. 68.
[1017] Loi n°75-617, du 11 juillet 1975 *portant réforme du divorce*.
[1018] P. COURBE, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996.

récurrente devant les juges civils, comme le refus d'exercer le devoir conjugal, la « non conformité » des organes génitaux (**A**), ou encore l'acte sexuel contre-nature (**B**). Sur cette dernière thématique, une mise en perspective de la justice civile et de la morale chrétienne peut être effectuée.

A. Refus et l'impossibilité d'accomplir le devoir conjugal

L'inaccomplissement du devoir conjugal comme cause d'annulation du mariage ou de divorce pouvait connaître deux origines : une abstention volontaire (**1**) et une abstention pour raison médicale ou anatomique (**2**)

1. Refus d'accomplir le devoir conjugal

« Le refus d'exercer par un époux le devoir conjugal constitue une injure suffisante pour prononcer le divorce », voici la formule rédhibitoire et expéditive utilisée par la Cour de Rouen en 1891[1019]. Et si l'on veut demander le divorce, il convient bien évidemment de démontrer que c'est du fait de l'époux défendeur que le mariage n'a pas été consommé[1020]. C'est ce qu'indique un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1892[1021] dans lequel une épouse intentait une action en divorce pour injures graves sur le fondement d'une absence totale de relation sexuelle avec son mari. Pour ce faire, elle rapportait la preuve par certificat médical, d'un état apparent de virginité[1022]. La Cour de cassation a considéré que cet élément de preuve n'était pas suffisant pour démontrer une abstention imputable au mari, ce dernier lui retournant le comportement coupable.

[1019] Rouen 23 février 1891, sous Req. 19 janv. 1892, *S.*, 1892, 1, 78.
[1020] Req. 19 janvier 1892, *S.* 1892, 1, 78.
[1021] *D.*1893.1.149.
[1022] Comp. certificat de virginité en matière de droit canonique ; et TGI Lille 1er avril 2008, J. Ph. BRAS, « La controverse autour du mariage islamiste de Lille : quel compromis sur la virginité des femmes », in *Les figures du compromis dans les sociétés islamiques : perspectives historiques et socio-anthropologiques*, actes du colloque organisé par le laboratoire DIRASET-études maghrébines les 15, 16 et 17 mars 2010 à Tunis, Paris, Karthala, 2011, p.159-173.

Dans un autre arrêt de la cour d'Agen de 1891, le mari avait allégué que c'était à cause de la résistance de sa femme qui « redoutait de devenir mère » qu'il ne pouvait assumer son devoir conjugal, mais la preuve ne pouvait en être faite. La cour répond qu'il s'agit d'une abstention volontaire de l'époux de consommer le mariage, constitutive d'une injure suffisante pour prononcer le divorce. Elle estime que celui-ci ne justifie d'aucune impossibilité ou d'aucun empêchement légitime expliquant son attitude. Le mari se voit ainsi investi d'une obligation charnelle qui doit outrepasser toute résistance de la part de l'épouse, libre à lui d'utiliser la force pour parvenir à ses fins.

Plus proche de nous, la cour d'Appel d'Aix-en-Provence a jugé en 2008 que le refus d'entretenir des relations sexuelles dans le cadre du mariage est « *injurieux* » pour le conjoint et constitue une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations maritales qui rend intolérable le maintien de la vie commune[1023].

La cour d'appel de Poitiers a également estimé en 2006 que le divorce doit être prononcé aux torts exclusifs du mari dès lors que le refus de partager la chambre de la femme est un fait qui constitue une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage et qui rend intolérable le maintien de la vie commune[1024].

2. L'impossibilité physique d'accomplir le devoir conjugal.

L'impuissance du mari et l'infertilité de la femme sont également des incapacités permettant aux juges de retenir une cause de dissolution du lien matrimonial. Cette notion de fertilité a donné lieu à des affaires surprenantes dans lesquelles les maris reprochaient à leur femme une certaine androgynie, poussant les magistrats à aborder la question de la qualité maternelle, ou plutôt de l'anatomie dont devait disposer une épouse, en quelque sorte le minimum requis pour exercer correctement le devoir conjugal. Car c'est de l'union charnelle entre époux dont il est question et non à la capacité pour une femme de pouvoir mettre au

[1023] Aix en Provence 1er octobre 2008, *RJPF* mai 2009, p. 24.
[1024] CA Poitiers 14 juin 2006, *JCP G* 2006 IV, 2298.

monde un enfant. Pour un arrêt de la Cour de Montpellier du 8 mai 1872[1025], un mariage ne saurait être valable s'il était démontré que la femme considérée comme telle au jour du mariage ne l'était pas réellement, car le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. En conséquence, la décision admet la validité d'une expertise ordonnée par les premiers juges visant à vérifier si l'épouse possède « des seins, des ovaires, un vagin, et notamment l'organe essentiel à la femme, la matrice ». Un arrêt rendu par la Cour de Caen en 1882[1026] est tout à fait original sur la question de l'archétype de la femme-mère[1027] que doit être la femme-épouse. « L'absence complète des organes qui caractérisent le sexe n'est pas une cause de nullité du mariage ». Dans cette espèce, un époux intente une action en nullité de mariage fondée sur l'absence d'organe génital de sa femme. Il ajoute qu' « elle n'est qu'un simulacre de femme ». Il soutient que le mariage est « *conjonctio maris et feminae* », l'union de deux personnes de sexe différent ayant pour but principal à la fois la procréation et « la satisfaction légitime des désirs de la nature ».

L'ingérence du juge au cœur de l'intime est également marquée par un jugement avant dire droit du tribunal civil de Domfront qui ordonne une expertise aux fins de vérifier les dires du demandeur. La cour de Caen, sur un appel formé par l'épouse, refuse d'annuler le mariage, en signalant que le mariage est avant tout, l'union de deux personnes intelligentes et morales et que « la femme ne peut être rabaissée au point de ne la considérer que comme un appareil sexuel, et de ne voir en elle qu'une organisation propre à faire des enfants et à satisfaire les passions du mari ». La cour conclut que « la possibilité d'avoir des enfants et d'une cohabitation charnelle n'est pas absolument essentielle à l'existence du mariage ». Cette jurisprudence de la cour d'appel de Caen est surprenante pour l'époque, car elle se trouve aux antipodes des solutions données par les autres juridictions du second degré et a fortiori par la cour de Cassation, qui voient dans le mariage essentiellement la *conjonctio maris et feminae*. C'est sur ce point qu'insistera l'éditeur du recueil où paraîtra cette décision : « quoi qu'il en soit, le mariage étant, d'après le droit naturel et le droit civil, l'union de deux personnes de

[1025] *D.* 1872 . 2 . 48.
[1026] Cour de Caen, chambres réunies, 16 mars 1882, *D.* 1882. 2 . 155.
[1027] ou plutôt femme-objet (sexuel).

sexe différent, il semble impossible d'assimiler à un véritable mariage l'union contractée avec une personne qui n'a réellement pas de sexe [1028]».

Dans une autre affaire[1029], une épouse demande le divorce reprochant à son mari son abstention du devoir conjugal. Une expertise est ordonnée par le tribunal qui conclut à la normalité de l'appareil sexuel du mari, tandis que celui de l'épouse se révélait atteint d'une hyperesthésie d'origine nerveuse. Ainsi, la cour déboute la demanderesse, mais autorise le mari à se prévaloir des allégations controversées de sa femme pour une demande reconventionnelle en séparation de corps.

B. Les unions charnelles contre nature

La justice civile porte aussi son regard sur le comportement des époux lors de leurs rapports charnels. Elle apprécie alors la moralité de l'acte pour juger s'il s'agit ou non d'un acte contre nature (**1**). Cette notion d'acte contre nature est identique à celle utilisée par la doctrine canonique pour réprimer les conduites contraires à l'enseignement des textes. Les agissements contraires à la morale sont, par conséquent, considérés par la jurisprudence comme des injures (**2**).

1. Une appréciation religieuse et morale

Dans son article 11[1030], saint Thomas s'interroge sur la qualification qui doit-être donnée au vice contre nature, pour savoir si celui-ci relève de la luxure. Le vice contre-nature n'est pas énuméré dans l'article 10 de la Somme de saint Thomas qui vise l'ensemble des espèces de

[1028] Le droit de cette période reste encore très emprunt de religiosité, qui sert de fondement à la définition que donne le commentateur au mariage. Par ailleurs, il serait judicieux de s'interroger sur la réelle capacité juridique de ces « personnes sans sexe ». La capacité à contracter mariage est-elle fondée sur un sexe «disponible » ou sur un sexe féminin démontré l'état civil ?
[1029] Douai 1er juillet 1913, *Gaz. Pal*. 1913 . 2 . 428.
[1030] Saint THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa, IIae, q. 154, art. 11 et 12.

luxure, mais saint Paul[1031] fait allusion à ces vices contre nature lorsqu'il dit : « ils n'ont pas fait pénitence pour leurs actes d'impureté, de fornication et d'impudicité » et la glose d'ajouter « impureté, c'est-à-dire luxure contre nature ».

L'acte devient inconvenant de deux façons, d'une part, parce qu'il répugne à « la droite raison[1032] » ; d'autre part, parce qu'il se détourne de l'ordre naturel de l'acte sexuel qui convient à l'espèce humaine, et c'est cette dernière que l'on nomme « vice contre nature ». Après l'onanisme, la bestialité et l'homosexualité, la quatrième catégorie de vice contre-nature est l'inobservation du mode naturel de l'accouplement, soit en n'utilisant pas l'organe voulu, soit en pratiquant des formes monstrueuses et bestiales pour s'accoupler. Saint Augustin précise même que « de tous les vices qui appartiennent à la luxure, le pire est celui qui se fait contre nature » car l'homme transgresse ce qui est déterminé par la nature et donc par Dieu, l'Ordonnateur de la nature. Après la commission de l'acte sexuel sur soi-même (onanisme), Alexandre de Hales[1033] envisage parmi les péchés contre nature, l'union d'un homme et d'une femme dans l'organe non autorisé pour cela ou la femme avec l'homme de façon inordonnée. Il cite saint Paul[1034] et sa Glose qui ont pu dire que doit être considéré contre nature, le fait pour un homme de coucher avec sa femme « d'une façon autre que ce qui convient ». En outre, le fait de connaître sa femme « à la façon des bêtes » est contraire à la nature humaine.

L'acte contre-nature dont le nom n'est jamais inscrit dans les décisions de justice est celui de la sodomie. Les études et rapports de médecine légale des XVIIe et XVIIIe siècles ne font pas référence à l'examen des lésions résultant de sodomie[1035]. Cette pratique sexuelle apparaît davantage comme un crime moral synonyme de blasphème, une sorte de transgression des lois divines, « ce terme est un crime abominable et contre nature, qui a été ainsi appelé du nom de la ville de Sodome, qui périt par le feu, à cause de cet exécrable péché »[1036] Comme Ferrière, la jurisprudence et les traités de droit criminel n'hésitent pas à faire référence à cet épisode biblique : « pour de telle iniquité Dieu envoie sur la terre les pestes, guerres, famines

[1031] 2 cor. 12, 21.
[1032] *rationi rectae* .
[1033] A. de HALES, *Somme théologique*, IIa, IIae, inq. III, tract. V, sect. II, quaest. I, tit. VIII : *De peccato contra naturam.*
[1034] rom. 1, 27.
[1035] N. de BLEGNY, *la Doctrine des rapports de chirurgie*, Paris, 1687 ; Jean Devaux, *Art de faire des rapports de chirurgie,* Paris, 1703.
[1036] C-J. FERRIERE, *op. cit*., v° « sodomie ».

et autres fléaux desquels son courroux justement allumé contre la brutalité des hommes atteints de ce crime châtie les provinces qui en sont infectées[1037] », il est qualifié par Rousseau de la Combe de crime « le plus grave et le plus détestable des lois divines et humaines[1038] ». On insiste sur le caractère contre nature l'assimilant à un acte animal. D'un point de vue de l'incrimination, la sodomie représente un crime de lèse-majesté divine[1039].

Dans la pratique, la sodomie est rarement avouée par leur victime. A l'instar du viol, elle permet d'aggraver l'homicide lorsqu'elle l'accompagne. La victime de sodomie serait atteinte par l'opprobre par une sorte de contagion la rendant hors la loi car elle et son agresseur ont fait « rougir la nature [1040]». Cette condamnation de la victime peut être rapprochée du crime de bestialité qui oblige la justice à châtier l'animal. Généralement, les actes ne sont pas explicitement évoqués dans les procès verbaux de procédure ainsi que dans les jugements, les formules se contenteront du terme « acte contre nature ». Les expressions utilisées font apparaître que la sodomie est un crime moral plus que physique, en effet les écrits sur le sujet ne donnent ni le détail des faits, ni l'état des blessures infligées. Les jugements raisonnent comme des sermons.

Au XVIIIe siècle, il existe une véritable traque au sodomite (bords de Seine, promenade de la Cité, …), cette police des mœurs relève davantage d'une prohibition des actes homosexuels. En conséquence, c'est bien l'acte en tant que tel qui est incriminé comme étant attentatoire à la morale et non la violence de l'acte sexuel commise sur la personne d'autrui.

Aux XIXe siècle, la sodomie ne reçoit toujours pas l'intérêt de la médecine légale contrairement au droit. Comme l'illustre le Traité élémentaire d'hygiène et de médecine légale de Léon Simon « la loi assimile complètement le viol et la sodomie. Cet attentat est d'autant

---

[1037] C. LE BRUN DE LA ROCHETTE, *op. cit.*, p. 21.
[1038] G. du ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité de matière criminelle suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, 1756, p. 32.
[1039] J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental »,1990, p. 260, note 6.
[1040] A. BRUNEAU, *Observation et maximes sur les matières criminelles*, Paris, chez Guillaume Cavelier 1715, p. 403.

plus punissable qu'il est le produit d'une grande perversité que la société et la loi ne saurait trop flétrir[1041]». Selon lui, dans un cas semblable, le fait est également difficile à établir.

2. Une appréciation jurisprudentielle

Devant la cour d'appel de Nancy,[1042] une épouse fonde une demande en divorce sur trois griefs : des sévices graves, des injures verbales et une abstention de la part de son mari d'accomplir le devoir conjugal constitutive « d'une injure suffisante à elle seule pour motiver le divorce. » Elle reproche à son époux de ne pas avoir eu avec elle de relations maritales pendant tout le temps qu'a duré leur union. Il ressort d'une lettre écrite par le mari que ce refus d'accomplir le devoir lui est imputable. De plus, ont été substituées à ces relations, des « pratiques aussi compromettantes pour la santé de la jeune femme que pernicieuses au moral » fondées sur un « défaut de conformité physique » de sa part lui empêchant d'avoir des rapports normaux. La cour se prononce en faveur de la confirmation du jugement prononçant le divorce, en insistant sur le « caractère outrageant » de ce comportement « qui constitue, de sa part, un manquement des plus flagrant au respect qu'il devait à celle qu'il avait épousée et aux obligations morales résultant de ce mariage ».

La Cour de Nîmes dans un arrêt du 5 juin 1894[1043] doit, elle aussi, statuer au sujet de relations sexuelles atypiques. Le mari ne cache pas à l'audience ses « pratiques illicites », que la juridiction s'empresse de qualifier d'« honteuses et contre nature », de « caresses libidineuses » et « d'attouchements qu'aucune honnête femme ne saurait supporter ». L'époux précise, par ailleurs, qu'il les utilisait dans le but de « s'exciter à l'accomplissement du devoir conjugal ». La cour lui répond de façon péremptoire que « rien ne saurait justifier une semblable dépravation ». Enfin, la cour tire les conséquences suivantes : « ses attouchements obscènes, contre nature, ignobles » ont un caractère illicite et injurieux, avant de conclure par un attendu moralisateur, « qu'il importe, souverainement, que les femmes, en se confiant au mari de leur choix et au protecteur que la loi leur assure, sachent qu'elles ne sont pas

[1041] L. SIMON, *Traité élémentaire d'hygiène et de médecine légale*, Paris, Mairet et Fournier Libraires-éditeurs, 1842, p. 151.
[1042] Nancy 1ère Chambre, 10 mars 1894 *D.* 1895. 2 . 14.
[1043] Nîmes 5 juin 1894, *D*. 1900, 2, 206, note a, *S*. 96, 2, 142, sous Caen 26 déc. 1899.

exposées à rencontrer en eux des professeurs de débauche et d'immoralité et que les maris de leur côté, sachant que traiter leurs femmes comme des filles, les flétrir et les souiller par des attouchements contre nature, dépraver leur cœur et leur corps par des pratiques aussi immorales que périlleuses pour leur santé, c'est faire la plus sanglante injure qui puisse les atteindre, en même temps que les autoriser à se soustraire désormais à leur approche en demandant à la justice de rompre le lien conjugal ».

Dans un jugement du 8 février 1899[1044], le fait par le mari d'avoir recours à l'utilisation de préservatifs est considéré par le tribunal civil de Cherbourg comme un procédé immoral. Toutefois, il ne le qualifie pas d'injure car le comportement de l'épouse démontre sa connaissance de l'usage du contraceptif et la correspondance qu'elle entretenait avec son mari permet d'affirmer qu'elle n'était pas désireuse d'avoir des enfants. Sur appel formé par l'épouse, la Cour de Caen[1045] réforme le jugement estimant, quant à elle, que par l'utilisation de préservatifs le mari s'est dérobé « aux devoirs qui sont l'honneur et la moralité du mariage » et a méconnu « le but de l'union des deux sexes et de l'amour conjugal afin de ravir à sa femme » tout espoir de maternité. La cour ajoute que la femme « dont on n'a contesté ni la pureté des sentiments, ni la conduite irréprochable … en se donnant avec la candeur de l'ignorance » n'a pu penser au « caractère injurieux et immoral de ces pratiques ».

Au début du XXe siècle[1046], une épouse introduit une action en divorce pour injures graves au motif que son mari était impuissant et qu'il substituait à des relations sexuelles normales, des actes contre nature. La cour admet pour faire droit à la demande de la femme, la preuve par témoin à qui l'époux s'est vanté de ses pratiques illicites, mais refuse de se fonder sur les témoignages de personnes ayant elles-mêmes participé à ces actes commis dans « l'alcôve conjugale ».

Ces décisions peuvent, peut-être, paraître issues d'une autre époque. Mais, en 1970, le tribunal de Dieppe[1047] a été saisi d'une demande en divorce formée par une septuagénaire reprochant à son mari ses rapprochements « à la fois fréquents et contre nature ». Les griefs

[1044] TGI Cherbourg 8 février 1899, *D.* 1900, 2, 206 ; *S*. 1900, 2, 143.
[1045] Caen, 26 décembre 1899, *D.* 1900 . 2 . 206.
[1046] *S*. 1904 . 2 . 301.
[1047] TGI Dieppe, 25 juin 1970, *Gaz. Pal*. 1970. 2. 243.

font état d'un mari « faisant preuve d'un comportement allant de la tendresse à l'indécence et à la bestialité la plus raffinée, il ne pouvait passer près de son épouse sans tenter de la caresser, de l'embrasser ou de lui relever sa jupe afin de procéder à des attouchements ». Les juges ont finalement prononcé le divorce aux torts du mari en concluant qu'« en exigeant des rapports sexuels (…) manifestement abusifs chez des époux d'un âge avancé, F… s'est rendu coupable des excès, sévices et injures graves prévus par l'article 232 du Code civil ».

Plus au centre de notre problématique de la criminalité domestique, la justice pénale s'inspire, elle aussi, d'une vision canonique du couple. Celle-ci a eu à connaître de plaintes déposées par des épouses reprochant à leurs maris d'avoir avec elles des relations sexuelles qu'elles ne désiraient pas. Le droit pénal a du également trancher sur le point de savoir si le consentement donné au moment du mariage est absolu, donnant au mari ou la femme le droit d'abuser du corps de l'autre.

Section 2 - Les rapports sexuels à l'origine de sanctions pénales

Gilda Nicolau, dans son étude sur le sexe et le droit nous précise que « le droit pénal donne à voir, particulièrement, depuis le XIXe siècle, toute une conception de l'ordre moral de la société. La définition des infractions sexuelles suit étroitement l'évolution de cet ordre moral. D'abord adossé à l'institution du mariage, l'émergence du concept de relations normales, ou son corollaire, celui de relation "contre nature", qu'elles soient tendres ou violentes, laisse à l'opprobre social le soin de réguler, dans le secret, les relations sexuelles. Ce n'est que lorsque le scandale arrive que, par un flot de mouvements contradictoires, la souffrance semble instrumentalisée par le contrôle de la liberté sexuelle[1048] ».

[1048] G. NICOLAU, « Victimes d'infractions sexuelles, objets de désir ...mais sujets de droit », *Justice*, décembre 2004, n° 181, p. 9.

A une époque où la dissolution du lien matrimonial reste difficile à cause de la suppression du divorce[1049], l'épouse est la victime privilégiée de son mari. L'époux est parfois devenu un véritable étranger pour des femmes contraintes de maintenir une vie commune. Elles se voient alors imposer régulièrement des rapports sexuels jugés violents.

C'est à ce moment précis que devrait intervenir le droit pénal qui a vocation à réprimer tout acte contraire à l'ordre public. Or, le fait pour un époux d'abuser sexuellement de sa femme est-il attentatoire à l'ordre public ?

Afin de répondre à ces interrogations, les juristes ont dû d'abord déterminer l'infraction réprimant de tels faits (**I**). Cette recherche a été à l'origine d'une large controverse qui durera près de deux siècles (**II**).

I. La difficile qualification des actes sexuels imposés par le mari

Le crime de viol est apparu, tout de suite, être l'infraction la plus adéquate. Selon la définition de Garçon, le « viol est un attentat aux mœurs commis sur une personne dans le but de se procurer une jouissance charnelle, par le rapprochement des sexes à l'aide de violences illicites[1050]». Concernant ces dernières violences, les juges s'entendent pour dire qu'il n'est pas nécessaire qu'elles se manifestent par des coups et blessures. En revanche, le caractère illicite de la relation charnelle faisait obstacle au viol entre époux. En effet, le lien matrimonial sous-entendait l'utilisation de la violence pour parvenir à l'exercice du devoir conjugal, qui, rappelons-le, est une « fin légitime du mariage[1051] ». Comme a pu l'écrire à juste titre Jean-Michel Bruguière, « chaque époux bénéficie indirectement d'un droit sur le corps de l'autre[1052] ». Le raisonnement paraissait simple : par le mariage, l'épouse donne tacitement son consentement pour avoir des rapports sexuels fréquents avec son mari, en conséquence, il existe une présomption irréfragable de consentement de la part de la femme victime à son

[1049] Entre 1816 et 1884.
[1050] E. GARÇON, *op. cit.*, 1956, p. 509.
[1051] Cass. crim. 19 mars 1910, *Bull. crim*., n° 153.
[1052] J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal, philosophie du Code et morale du juge », in *D*, 2010, Chron. 10, p. 11.

conjoint. Du point de vue du droit pénal, le mariage constituait en quelque sorte une cause justificative du viol ou une immunité envers le mari.

En définitive, la justice pénale s'est contentée de retenir l'incrimination d'attentat à la pudeur commise avec violence lorsque l'époux avait fait subir à sa femme des actes contre nature et d'une particulière violence ou lorsqu'il lui avait imposé des rapports sexuels en présence ou avec la participation d'un tiers.

L'attentat à la pudeur est un délit qui se définit comme le résultat de tout acte de nature à blesser la pudeur d'une personne, quel que soit son sexe. Concrètement il s'agit de l'infraction réprimant avec clémence les attouchements sexuels sans conséquence. C'est sous cette qualification que la jurisprudence s'est prononcée, pour la première fois en 1839, sur la question des relations sexuelles imposées dans le couple. En l'espèce, un époux avait fait subir à sa femme des actes sexuels « atypiques ». Ces faits ont donné lieu à une poursuite pénale exercée contre le mari sous la qualification d'attentat à la pudeur commis avec violence. Il s'ensuivra une ordonnance de non-lieu du tribunal de la Seine, précisant que «les faits imputés à J, contraires à toutes les lois du rapprochement des sexes, constitueraient un attentat à la pudeur de sa femme ; mais attendu que cet attentat a eu lieu sans violence et sur une personne âgée de plus de onze ans ; que dès lors il n'y a ni crime, ni délit ». Le procureur du Roi s'oppose alors à cette ordonnance devant la chambre des mises en accusation qui la réforme. Cette dernière juridiction indique qu'il existe « des charges suffisantes contre J., d'avoir commis un attentat à la pudeur, consommé avec violence sur la personne de sa femme J., crime prévu par l'article 332 de Code pénal ». Un pourvoi en cassation est formé par l'accusé qui soutient tout simplement qu'il ne peut y avoir d'attentat à la pudeur entre époux. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme le caractère général et absolu de l'article 332 du Code pénal devant naturellement s'appliquer aux actes commis par un mari sur sa femme, avant d'analyser les faits au regard des obligations inhérentes au mariage : « Que si le mariage a pour but l'union de l'homme et de la femme et si le devoir qu'il impose, la cohabitation, l'obéissance de la femme envers le mari, établissent, entre les époux, des rapports intimes et nécessaires, il ne s'ensuit pas cependant que la femme cesse jamais d'être protégées par les lois, ni qu'elle puisse être forcée de subir des actes contraires à la fin légitime du mariage ». Dans son réquisitoire, le procureur général concluait qu'il ne faut pas craindre de la répression de ces crimes une inquisition domestique. « Cela ne saurait être à redouter que si l'autorité judiciaire s'ingérait d'office dans la recherche de tels délits. Mais

lorsque c'est une plainte formelle de la femme qui vient se jeter aux pieds de la justice, (…) la justice doit l'écouter et rechercher la preuve des faits allégués[1053] ».

En 1854[1054], la Chambre criminelle de la Cour de cassation rend un second arrêt dans le même sens en précisant que le Code Napoléon a donné au mari une autorité sur sa femme, l'obligeant à la protéger. Ainsi, un attentat à la pudeur ne peut qu'être aggravé par cette circonstance[1055]. Ces deux arrêts rendus par la juridiction suprême constituent la première pierre de la construction d'une pénalisation du comportement sexuel déviant du mari, portant atteinte à l'intégrité physique de son épouse. Suivront d'autres décisions des juges du fond qui ne reconnaîtront qu'à peine l'usage de violences, pour des faits semblant relever de ce que l'on qualifierait aujourd'hui de tortures et d'actes inhumains et dégradants.

La Cour d'Alger a eu à juger, à ce titre, d'une affaire connue sous le nom de « Mohamed ou Saïd »[1056]. Après son mariage avec une femme souffrant d'une anomalie des parties génitales, le prévenu a tenté à plusieurs reprises de la déflorer. N'y parvenant pas, il l'a attaché aux poutrelles de la toiture de son habitation de façon à maintenir ses jambes écartées et lui a introduit dans les parties intimes un morceau de bois. La cour a estimé que le crime d'attentat à la pudeur supposait un outrage à la pudeur et des outrages illicites qui n'existent pas dans les faits, compte tenu des liens qui unissaient l'auteur à la victime. Autrement dit, le mariage avec ses droits et devoirs, supprime nécessairement de tels outrages. La cour rappelle, ensuite, la jurisprudence relative aux attentats à la pudeur commis avec violence par un époux sur sa femme, notamment l'arrêt de la Chambre criminelle du 21 novembre 1839, et précise qu'elle vise à réprimer « l'assouvissement de passions honteuses, la perpétration d'un acte contre-nature ». La cour ajoute qu'en l'espèce, il ne s'agit que de « violences du mari » tendant « dans leur but, aux fins légitimes du mariage ». Elle termine en indiquant que ces faits peuvent donner lieu à condamnation sur le fondement de l'article 311 du Code pénal réprimant les coups et blessures.

[1053] Le mémoire de l'auteur du pourvoi soutenait que réprimer de tels actes revenait à un « droit de faire asseoir la justice au bord du lit conjugal ».
[1054] Cass. Crim. 18 mai 1854, *D.* 1854. 1. 262.
[1055] « (…) *ne peut donc qu'aggraver son crime qui n'est qu'un odieux abus de son autorité et le plus coupable de la protection qu'il lui doit*. »
[1056] Alger, 28 avril 1887, *S.* 1889, 2, 114.

Il nous semble donc que le droit pénal tend ici, non pas à protéger la personne de la victime, comme elle nous en donne l'image avec le viol sur mineur de quinze ans, mais plutôt à faire régner une police des mœurs où seul l'acte importe. Il existe, en réalité, une sorte de « dévictimisation » de la personne de l'épouse. Celle-ci n'apparaît pas, en effet, comme une victime, mais bien comme un objet sur lequel est commis un acte d'une impudeur attentatoire à la morale. L'arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 mars 1910[1057] en est particulièrement le symbole. La motivation de l'arrêt nous permet de comprendre que la Cour de cassation a reconnu l'attentat à la pudeur commis par un époux sur sa femme, uniquement parce qu'il a accompagné un rapport sexuel non consenti, de violences en compagnie de son frère et sous les yeux de ses deux enfants. La doctrine considérait alors que le mari « n'emploie la force que pour contraindre sa femme à des relations normales, c'est-à-dire conformes à l'ordre de la nature et ne causant aucune blessure »[1058].

II. La reconnaissance tardive du viol entre époux

Le droit pénal a reconnu tardivement qu'un mari pouvait abuser la volonté de son épouse pour avoir avec elle des relations sexuelles et lui donner la qualification qui s'impose : celle de viol. Cette reconnaissance est intervenue à deux niveaux : national (**A**) et européen (**B**).

A. Le viol entre époux en droit interne

Ce n'est que tardivement, dans les années 1980, que le droit a pris conscience de la gravité des faits pour opter pour la qualification de viol dans des cas de rapports sexuels imposés par un mari à sa femme (**1**). Il faudra attendre la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs pour que le Code pénal apporte une reconnaissance sans équivoque (**2**).

[1057] Cass. Crim. 19 mars 1910, *Bull crim., n° 153.*
[1058] R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1953, n° 296.

1. L'incrimination de viol par la loi du 23 décembre 1980

Dans les premiers mois de l'année 1980, la jurisprudence du fond a considéré que le crime de viol pouvait être retenu dans l'hypothèse d'un coït imposé au sein du couple à la suite d'actes de violences avec la complicité d'un ami, au motif que ces agissements étaient « entièrement détachables de toute notion de mariage et de toute idée de ce que peuvent être des relations intimes entre époux[1059] ». Cette nouvelle vision de la normalité au sein du couple marié démontre l'évolution des mentalités quant à la présence de violences dans les ébats conjugaux. Autrement dit, à l'aube de la grande réforme sur le viol du 23 décembre 1980, les tribunaux français appréhendent l'idée de déviances comme une conséquence anormale des rapports sexuels faisant tomber la présomption irréfragable de légitimité dans les rapports sexuels conjugaux. Ainsi, il suffit pour le juge de différencier les actes de pénétration sexuelle normaux de ceux qui sont entourés de violences ou de sévices.

Avec l'entrée en vigueur de la loi réformant les infractions à caractère sexuel du 23 décembre 1980[1060], une large partie de la doctrine avait estimé que la justice pénale sur le sujet allait évoluer. Leur conviction était d'abord fondée sur la nouvelle rédaction de l'incrimination de viol inscrite à l'article 332 du Code pénal, désormais le viol est constitué par : « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise ». La volonté essentielle du législateur a été, non plus seulement de sanctionner la violence imposée au corps de la victime, mais de réprimer l'atteinte portée à son consentement[1061]. On se trouve maintenant dans une situation où tout acte de pénétration sexuelle est constitutif d'un viol, même lorsqu'il a été commis dans le milieu conjugal. Il semble donc que le mari qui veut imposer à sa femme des relations sexuelles, même normales, tombe sous le coup de l'article 332 du Code pénal, car ce texte sanctionne toute contrainte, quel qu'en soit leur auteur.

Danièle Mayer avançait que l'extension de l'élément matériel du viol à tout acte de pénétration sexuelle avait pour effet d'abolir toute différence entre les actes normaux et les

---

[1059] Grenoble, 4 juin 1980, *D*. 1981, I.R., 154, obs. PUECH.
[1060] L. n° 80-1041 du 23 décembre 1980 « relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs ».
[1061] *Cf*. sur ce sujet la notion de « viol du consentement de la victime », dans l'intervention de Mme d'Harcourt, J.O. Déb. AN 11 avril 1980, p. 327.

actes déviants[1062]. D'autres auteurs[1063], au contraire, continuaient d'affirmer que la qualification de viol entre époux ne pouvait être retenue que lorsque l'un des conjoints avait imposé à l'autre des rapports sexuels déviants, les autres (rapports sexuels imposés mais non déviants) n'étant qu'une contrainte résultant du devoir de cohabitation. Ainsi selon Michèle-Laure Rassat, le problème de la reconnaissance du viol entre époux ne résidait pas dans l'élément matériel (celui-ci étant bien constitué quand un conjoint impose des relations sexuelles à l'autre) mais dans l'élément moral. En effet, le viol suppose des relations sexuelles imposées à la victime. Or, pour Michèle-Laure Rassat, la personne qui consent à se marier consent à avoir, pour le temps que dure le mariage, des relations sexuelles conformes à l'ordre de la nature avec celui qui devient son conjoint.

Le premier arrêt rendu sous l'empire de la loi de 1980 est l'arrêt du 17 juillet 1984[1064], qui a admis l'incrimination de viol pour des époux en instance de divorce. La reconnaissance de cette notion n'ayant « d'autre fin que de protéger la liberté de chacun », le crime de viol « n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage ». La Haute juridiction a ainsi décidé que : « méconnaît les dispositions de l'article 332 du Code pénal la chambre d'accusation qui, constatant qu'un inculpé se serait livré à des actes de pénétration sexuelle à l'aide de violences sur son épouse, avec laquelle il est en instance de divorce, refuse d'ordonner l'inculpation du chef de viol ».

Un second arrêt du 5 septembre 1990 prend une position plus tranchée : « l'article 332 du Code pénal en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par le texte[1065] ». Pour reprendre les propos d'Henri Angevin[1066], « autrui, vocable figurant dans le texte, désigne tout être humain autre que soi même. Pour être uni par le mariage, chacun des conjoints n'en demeure pas moins pour l'autre "autrui". Il n'existe pas entre époux de violences légitimes ; chacun d'eux est tenu de respecter la liberté de l'autre ;

[1062] Note sous Cass. crim 17 juillet 1984, *D*. 1985, 7.
[1063] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminelle*, t.3, *op. cit.* n° 1853 et note de M-L RASSAT, *D*. 1993 p.117.
[1064] Cass. Crim. 17 juillet 1984, *Bull. crim*.1984 N° 260.
[1065] Cass. Crim. 5 sept. 1990, *JCP* 1990, II, 21629*, D.* 1991.13, note H. ANGEVIN*, Gaz. Pal.* 1991, 1, 58, note J-P DOUCET.
[1066] H. ANGEVIN, *D*. 1991 p.13.

enfreint cette obligation, pénalement sanctionnée, celui qui impose à l'autre, contre sa volonté, un acte de pénétration sexuelle quelle que soit sa nature ». Cependant, une autre partie de la doctrine[1067] se demandait toujours si en l'absence d'autres circonstances, le fait de contraindre son conjoint à des relations sexuelles traditionnelles, entrait ou non dans la qualification de viol[1068]. Finalement cet arrêt sera le premier à retenir la qualification de viol pour les actes commis au sein d'un couple marié. Dès lors, les actes qui relevaient dans un premier temps d'un attentat à la pudeur ou tout simplement de violences ont été ensuite qualifiés de viol par le juge. Il n'était plus question de se cacher derrière des actes « tendant aux fins légitimes du mariage » pour laisser impunies les atteintes commises envers les épouses. On rencontre donc, dans notre droit actuel, une réelle prise en considération des femmes en tant que victimes des agissements de leurs maris. Le terme « liberté de chacun » laisse donc entrevoir le glissement vers la protection de la victime d'actes sexuels imposés et non plus la judiciarisation d'une police des mœurs.

Comme nous pouvons le lire dans un arrêt du 11 juin 1992, « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire[1069] » que lorsque la preuve du défaut de consentement est rapportée. Le devoir conjugal n'apparaît plus comme la conséquence directe du mariage rendant irresponsables pénalement les époux à l'ardeur oppressante. Toutefois, que convient-il d'entendre par « preuve contraire » ? Les éléments de preuve permettant d'admettre le défaut de consentement de l'épouse sont difficiles à rapporter et ne peuvent qu'être déduits des faits.

En 1984, la preuve contraire au consentement présumé a été déduite des faits suivants : l'auteur a « exercé des violences sur (*son épouse*) et, sous la menace d'un couteau, se serait livré à des actes de pénétration sexuelle sur sa personne ». Néanmoins, à cette date il est encore possible de nous interroger sur le caractère irréfragable de la présomption de consentement des époux à avoir des relations sexuelles entre eux. Dans cette affaire, il convient de rappeler que le juge avait prononcé la résidence séparée des époux. Autrement dit, la communauté de toit et de lit du couple était dissoute.

[1067] M. VERON, *Dr. Pén.* 1991, n°10.
[1068] M-L RASSAT, *D*. 1993 p. 117.
[1069] Cass. Crim. 11 juin 1992, *Bull. Crim.* n° 232, *D* 1993, note M.-L. RASSAT.

Dans l'arrêt du 5 septembre 1990[1070], l'absence de consentement a été retenue en considération des circonstances ayant entouré l'acte sexuel imposé. En effet, l'auteur des faits « aurait contraint (son épouse) à se dévêtir, l'aurait ligotée et bâillonnée, l'aurait flagellée, lui aurait appliqué aux seins des pinces à linge, tailladé au moyen d'un couteau diverses parties du corps, rasé le pubis et versé du parfum sur le sexe, avant de lui imposer par la force des actes de pénétration vaginale et anale, lui introduisant en outre dans le sexe et dans l'anus des corps étrangers, pour enfin uriner sur elle en l'obligeant à lécher le liquide répandu[1071] ».

S'agissant de l'arrêt rendu en 1992[1072], celui-ci ne fait pas état de circonstances d'une atrocité innommable. Le juge d'instruction avait estimé que les actes sexuels accomplis contre le gré de l'épouse qui n'aurait fait état d'aucune violence caractérisée autre que la pénétration sexuelle, « entraient dans le cadre du mariage tel qu'il est traditionnellement admis ». Toutefois selon le commentaire de Georges Levasseur « les violences accompagnant l'acte sexuel paraissent donc être dans l'esprit des dispositions issues de la loi 23 décembre 1980, sans faire un cas particulier de l'union conjugal. La question de principe est désormais résolue, la jurisprudence sur son application risque néanmoins de ne pas être abondante, car on voit mal l'épouse réticente ameuter le voisinage pour le prendre à témoin de l'intolérable pression faite sur sa volonté[1073] »**.**

Cependant, il faut attendre 2006 pour que le viol entre époux soit pleinement consacré et fasse son entrée dans la loi.

[1070] Cass. Crim. 5 sept. 1990, *op. cit.*
[1071] Il est surprenant que les réquisitions du procureur général donnait à ces faits la qualification de coups ou violences volontaires ayant entraîné une incapacité de travail n'excédant pas 8 jours commis à l'aide ou sous la menace d'armes et accompagnés de tortures ou d'actes de barbarie.
[1072] Cass. Crim. 11 juin 1992, *op. cit.*.
[1073] Cass. Crim 20 fév. 1991, *Rev. Sc. Crim*.1993, Obs G. LEVASSEUR, p. 107.

2. « Le viol entre époux » de la loi du 4 avril 2006 et de la loi 9 juillet 2010.

Avec l'entrée en vigueur 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 l'article 222-22 al. 2 du Code pénal est rédigé comme suit :

> « 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. »

En outre, en matière de viol[1074], d'agressions sexuelles autres que le viol[1075] et de meurtre[1076], les articles 10 et 11 de la loi du 4 avril 2006 permettent désormais, l'extension de l'aggravation. Cela a pour effet la suppression d'une contradiction du Code pénal, qui ne prévoyait pas un traitement égalitaire de l'ensemble des actes de violence perpétrés au sein du couple. Avec la loi du 4 avril 2006, les crimes de meurtre et de viol, les délits d'agressions sexuelles et de manière plus générale, toutes les infractions de violences, tombent sous le coup de l'alinéa 1er de l'article 132-80 du Code pénal, qui prévoit l'aggravation de la circonstance aggravante à ces cas de figure.

Le viol commis au sein du couple, bénéficie maintenant d'une véritable reconnaissance légale. L'article 11 de la loi du 4 avril 2006 prévoit expressément cette hypothèse. Cette loi de 2006 consacre les jurisprudences susvisées, en insérant un nouvel alinéa à l'article 222-22. Celui-ci définit l'agression sexuelle sous la section III des agressions sexuelles du chapitre consacré « aux atteintes à l'intégrité physiques ou psychiques de la personne humaine », et dispose que « le viol et autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils sont imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et la victime y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans

[1074] Art. 222-24 C. pén.
[1075] Art. 222-22 et 222-28 C. pén.
[1076] Art. 221-4 C. pén.

ce cas la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ». La peine encourue pour de tels faits est de vingt ans, laquelle devient donc plus sévère que pour un viol sans circonstance particulière, puni quinze ans de réclusion criminelle. La loi de 2006 ajoute ainsi une onzième circonstance aggravante au viol[1077].

Le rapporteur de la loi devant l'Assemblée Nationale[1078], comme nous pouvons également le faire, « s'interroge (…) sur le point de savoir s'il appartient au seul juge de clarifier cette question ou si la loi ne devrait pas expliciter cette jurisprudence en la consacrant dans le Code pénal par l'intermédiaire de l'introduction d'une circonstance aggravante en cas de viol ou d'agressions sexuelles commis par le conjoint ou le concubin. Bien évidemment, et comme l'ont souligné à plusieurs reprises les travaux préparatoires du Sénat, qu'il s'agisse du rapport de la commission des Lois sur la présente proposition de loi ou du rapport de la délégation au droit des femmes sur la lutte contre les violences au sein des couples, l'application de ces dispositions rigoureuses de notre droit suppose une politique pénale homogène et déterminée sur l'ensemble du territoire qui, malheureusement, fait encore parfois défaut aujourd'hui ».

En effet, Françoise Guyot, vice-procureure au parquet de Paris, estime que « de nombreux parquets ont maintenant une politique pénale en la matière mais force est de constater que ces directives sont très disparates d'un tribunal à l'autre, voire à l'intérieur d'un même département : cette absence de cohérence est très dommageable et incompréhensible pour les victimes et les associations de terrain »[1079].

Le rapporteur de la loi rappelle que la qualité de conjoint, de concubin ou de partenaire pacsé de la victime « ne peut être retenue comme cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité »[1080]. Certes, certains pourraient se retrancher derrière une jurisprudence devenue constante, pour considérer que cette précision n'a pas à figurer dans la loi. « Mais ce serait faire litière du rôle expressif de la loi pénale qui se doit d'affirmer clairement les valeurs

---

[1077] Art. 222-24 C. pén. : « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle (…) 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 »

[1078] G. GEOFFROY, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple* [en ligne], Paris, Assemblée Nationale, N°2726, 2005. p. 9.

[1079] F. GUYOT, « Politiques pénales », *AJ famille,* décembre 2003, n°12 p.407.

[1080] G. GEOFFROY, *op. cit*., p. 13.

auxquelles est attachée la société. Cependant, il semble préférable, aux yeux de votre rapporteur, de prévoir l'introduction d'une circonstance aggravante en matière de viol ou d'agressions sexuelle au sein du couple, ce qui signifie clairement que le viol entre époux ou conjoint peut exister puisque les peines sont aggravées »[1081]. Cette loi a donc une double vocation, la première de rappeler que le lien matrimonial n'empêche pas de retenir le crime de viol et la seconde d'aggraver la peine des auteurs unis à la victime par le mariage.

Avec la loi de 2006, la doctrine civiliste s'est même interrogée sur la pertinence du « devoir conjugal » dans une société où priment la liberté sexuelle et la répression des violences conjugales. « De multiples raisons paraissent asseoir le devoir conjugal, mais aucune n'emporte aujourd'hui vraiment la conviction (…), le maintien de ce devoir traduit par ailleurs une conception de l'institution matrimoniale dont les fondements anthropologiques et théologiques sont dépassés[1082] ».

La suppression de la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel par la loi du 9 juillet 2010. - Si la loi offre depuis 2006, un arsenal répressif complet pour punir les auteurs de viols au sein du couple, la formulation retenue qui mentionne la « présomption de consentement des époux à l'acte sexuel » a soulevé des remarques. C'est ce qu'a indiqué Marilyn Baldeck[1083] au cours de son audition par la commission des lois de l'Assemblée Nationale, « de ce fait, le Code pénal inscrit noir sur blanc une présomption de consentement à l'acte sexuel, quel que soit d'ailleurs cet acte – il n'est pas défini – à condition que les personnes soient mariées. Cela pose un problème philosophique de taille. Les associations féministes se battent depuis des années pour que, au contraire, on ne présuppose pas la disponibilité sexuelle des individus, qu'ils soient des hommes ou des femmes et que l'indisponibilité sexuelle soit posée jusqu'à preuve du contraire. Cette présomption est de notre point de vue inacceptable, même dans le cadre d'un couple marié ». Cette réflexion semble aller à l'encontre de l'intention du législateur de 2006, qui a entendu reconnaître le viol entre époux et non une «présomption de consentement »[1084].

[1081] *Id*.
[1082] A.-M. LEROYER, « Commentaire de la loi du 4 avril 2006 », *RTD Civ.* 2006 p.402.
[1083] Déléguée générale de l'Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail.
[1084] D. BOUSQUET (Préd.) et G. GEOFFROY (Rapp.), *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes* [en ligne], tome I, Paris,

Didier Guérin, conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, considère cette phrase sans portée juridique, ainsi qu'il l'a indiqué lors de son audition : « Lorsqu'un époux est accusé d'avoir violé son épouse, il faut que l'accusation établisse les faits. Donc, il n'y a aucune présomption qui joue dans ce cas. »[1085] Ainsi, cet alinéa ne semble jamais avoir été invoqué par un mis en cause, Didier Guérin poursuivait en indiquant « j'étais, il y a deux ans encore, dans une chambre de l'instruction. De nombreuses affaires de viols entre époux y étaient traitées, mais personne n'est venu plaider devant nous la présomption de consentement, d'autant que les plaintes des épouses s'appuyaient sur des violences très graves. Il n'y avait aucun doute ». La reconnaissance par la loi du viol entre époux, accompagnée du vote d'une circonstance aggravante était donc une avancée importante, mais il faut en tirer les conséquences en supprimant cette phrase de l'article 222-24 du Code pénal.

Aussi, la loi de 2010 a pour vocation de « conforter la reconnaissance du viol entre époux en supprimant du Code pénal la mention de la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel[1086] ». La difficulté de prouver les faits demeure cependant et est évidemment plus grande encore dans un couple. Les juges du fond doivent apprécier souverainement la force probante des éléments de faits apportés.

Cette ultime version du texte d'incrimination poursuit l'évolution législative vers l'abandon de l'appréciation de l'acte sexuel *in abstracto* pour placer comme valeur protégée l'intégrité de la personne de l'épouse victime d'actes sexuels imposés.

B. Le viol entre époux en droit européen des droits de l'Homme

Deux décisions majeures rendues par la Cour de Strasbourg traitent particulièrement des relations sexuelles entre époux. La première datant de 1995 traite de la question du viol entre époux (**1**) tandis que la seconde a trait à l'ingérence du droit pénal dans les relations conjugales jugées « hors normes » (**2**).

Assemblée Nationale, n° 1799, 2009, pp. 267-268.

[1085] Audition du 3 juin 2009, in *id.*
[1086] Proposition n°58 – *ibid*., p. 267.

1. La position de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt du 22 novembre 1995 CR et SW, c/ Royaume-Uni

Après l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 juin 1992, c'est dans la jurisprudence européenne que le viol entre époux va recevoir une nouvelle consécration. Deux affaires semblables C.R et S.W c/ Royaume-Uni ont amené la Cour de Strasbourg à se prononcer pour la première fois le 22 novembre 1995 sur la question du viol entre époux. Le premier requérant avait été condamné pour viol par la chambre des Lords en 1991 et le second pour viol par les juridictions de premier degré en 1990. Ils ont saisi la Cour sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui consacre de manière générale le principe de la légalité des délits et des peines. En effet, au Royaume-Uni à cette époque, le viol était certes incriminé, mais entre époux il n'était pas systématiquement punissable[1087]. Face à l'article 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui est un des rares principes à ne souffrir aucune dérogation en 1996, la Cour a développé un raisonnement en deux temps afin de conclure que celui-ci n'avait pas été violé par les juridictions anglaises ayant reconnu le viol entre époux. Tout d'abord, elle va estimer que les jurisprudences anglaises en question ne sont pas rétroactives, puis elle va s'appuyer sur le contenu philosophique de la Convention afin de démontrer que ces jurisprudences étaient conformes à ses principes. La Cour a ainsi démontré que pour ces deux affaires, il y avait une évolution jurisprudentielle qui allait dans le sens du démantèlement de l'immunité conjugale du mari. Ainsi dans l'affaire C.R elle énonce que les décisions de la Court of Appeal et de la Chambre des Lords se bornent à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence, évolution dont on pouvait raisonnablement prévoir que la prochaine étape serait la reconnaissance judiciaire de l'absence d'immunité[1088]. Puis la Cour a insisté sur ce caractère raisonnablement prévisible de la jurisprudence en prenant soin de préciser que si l' « on ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre », il faut « que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et

[1087] Au Royaume-Uni, le viol est puni même lorsque l'auteur est l'époux de la victime par une loi du 3 novembre 1994.
[1088] J.- P. MARGUENAUD, « Stigmatisation européenne du viol entre époux », *RTD Civ.*,1996, p. 512.

raisonnablement prévisible ». La Cour constate donc tout d'abord que la loi n'excluait pas le viol entre époux, et remarque ensuite que l'évolution jurisprudentielle était claire, cohérente et prévisible pour en déduire que le principe général d'immunité conjugale n'existait plus au jour de la commission des actes en cause.

Ces arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme le 22 novembre 1995 sont d'autant plus importants pour la consécration du viol entre époux qu'était en jeu l'article 7 de la Convention énonçant un des principes fondateur du droit pénal qu'est le principe de légalité des délits et des peines.

2. La notion d'autonomie personnelle à travers l'arrêt KA et AD contre Belgique du 17 février 2005[1089]

Dans cette affaire, un mari avait été condamné pour violences sur son épouse par une juridiction pénale belge. Le condamné décide d'attraire l'Etat belge devant la Cour Européenne des droits de l'Homme pour avoir porté atteinte à sa vie privée en le sanctionnant ainsi. Il se prévaut, en effet, d'un contexte de sadomasochisme comme fait justificatif de son comportement. Il faut souligner que la victime des blessures demandait elle-même que son mari ne rende pas compte de son comportement devant les juges pénaux. Pour le requérant, l'Etat belge en s'y autorisant par le biais du droit pénal, aurait porté atteinte au droit à la vie privée, droit de l'homme protégé par la convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, la juridiction nationale belge a condamné le mari pour violences volontaires, après avoir constaté une escalade des pratiques sadomasochistes avec son épouse en distinguant plusieurs phases dans cette évolution. Alors que le couple s'y était adonné d'abord de manière inoffensive, au domicile conjugal, il a fréquenté un club, puis un autre, où les pratiques étaient plus violentes, pour finalement se livrer à des pratiques d'une extrême violence dans des locaux spécialement loués et aménagés à cet effet par les intéressés, le règlement des clubs précédemment fréquentés interdisant de telles pratiques. La Cour d'appel a jugé que les

[1089] K. A. et A. D. c/ Belgique, 17 février 2005, Req. n° 42758/98 et 45558/99, *D*. 2006. Somm. 1200, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *RTD civ*. 2005. 343, obs. J.P. MARGUÉNAUD

pratiques constitutives de la première phase étaient beaucoup moins graves et eurent lieu dans des circonstances n'appelant pas l'intervention du juge pénal. Quant aux pratiques qui ont eu lieu lors de la dernière phase, il en était autrement. Celles-ci avaient été enregistrées sur des cassettes vidéo, saisies lors de l'instruction. On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids.

Certaines scènes enregistrées en vidéo montraient notamment les épouses hurlant de douleur pendant que leurs maris continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, les fouettant et leur attachant des poids aux seins. Une autre fois, elles subissaient des marquages au fer rouge. La cour d'appel notait aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la partenaire pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. La cour d'appel relevait également que pendant leurs ébats, et contrairement à la norme dans ce domaine, les requérants buvaient toujours de grandes quantités d'alcool, ce qui leur faisait rapidement perdre tout contrôle de la situation.

Pour les juges du fond, ces faits présentaient tous les éléments constitutifs du délit visé à l'article 398 du Code pénal belge, qui punit le fait d'infliger volontairement des coups et blessures à autrui. S'agissant de l'élément « volontaire », exigé à l'article 392 du code pénal, il suffit, pour pouvoir conclure à sa présence, que l'intention de l'auteur du délit fût générale, ce qui était réalisé en l'espèce par la circonstance que les prévenus avaient agi en pleine connaissance du fait que leurs actes étaient interdits par le droit pénal. L'article 392 n'exige pas que les prévenus aient eu, en plus, l'intention d'infliger un dommage à quiconque, et les effets de cette disposition ne sont pas neutralisés par le fait que les prévenus étaient animés d'une « bonne » intention, en l'occurrence celle de procurer un plaisir sexuel. Le consentement de la victime ne pouvait, selon la cour d'appel, passer pour une cause de justification, dès lors que la loi pénale est d'ordre public et que le bien protégé par l'article 398, l'intégrité physique, est un droit fondamental dont seul le législateur peut réduire les exigences dans des cas limitativement prévu. Tout au plus le consentement de la victime pouvait-il agir comme cause d'excuse et influer sur la peine à prononcer.

Sur pourvoi formé par les prévenus, la Cour de cassation belge a estimé, quant à elle, que si les pratiques sadomasochistes relevaient de la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce texte admet néanmoins que le législateur national intervienne pour les interdire s'il estime que cela relève de la protection de la santé de la personne ou de la morale.

L'auteur des actes condamné pour ces faits a saisi la juridiction européenne des droits de l'Homme pour atteinte à son droit à la vie privée, ces pratiques ayant eu lieu à son domicile conjugal, puis dans des clubs privés, puis dans un lieu spécialement dédié à ses pratiques. Le Gouvernement, défendeur à l'instance, justifie l'ingérence dans la vie privée du couple en qualifiant les actes de tortures.

Dans son arrêt du 17 février 2005, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que la vie sexuelle est une composante de la vie privée, protégée à ce titre par la Convention. C'est pourquoi un Etat ne peut porter atteinte au droit à la vie privée, prévu à l'article 8, que si « les juridictions nationales ont soulevé la question, en l'espèce dans le cas concret considéré du « consentement de la victime ».

En outre, le droit à la vie privée de l'article 8 comprend le « droit à l'épanouissement personnel», y compris dans le domaine des relations intimes, ce qui peut engendrer un droit d'opérer des choix concernant son « propre corps ». La Cour en conclut que « le droit pénal ne peut en principe intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties, qui relèvent du libre arbitre des individus », sauf « des raisons particulièrement graves », ici en l'espèce réunies, puisque l'épouse demandait sans succès l'arrêt des blessures qui lui étaient infligées et était ainsi privée du moyen d'arrêter « une escalade de violence ». Ce n'est que dans la mesure où dans l'espèce l'auteur des blessures a continué malgré la demande d'arrêt du masochiste, que la Cour estime que la condamnation du premier par le juge pénal belge est justifiée.

Cette question des actes sexuels sadomasochistes pratiqués au sein du couple et dans un milieu privé a été largement appréhendée par le droit, selon Daniel Borillo[1090]. Pour Freud un sadique est toujours en même temps un masochiste, parce que le rôle actif de la perversion peut alterner avec le rôle passif. La catégorisation faite par la psychologie des pratiques sexuelles extrêmes illustre parfaitement l'analyse de Foucault, pour qui l'émergence d'une méthodologie aux prétentions scientifiques portant sur la sexualité vise surtout à réguler les conduites quotidiennes et les comportements individuels a partir d'énoncés qui délimitent le normal du pathologique.

Pour Daniel Borillo, le premier travail du juriste consiste à ignorer toute connotation négative liée à la notion de perversion sexuelle. Pour l'approche neutre de la sexualité ce n'est pas le contenu des pratiques sexuelles qui est relevant mais uniquement son caractère consensuel.

En droit pénal français, il apparait que les pratiques sadomasochistes ne font pas l'objet d'une incrimination particulière, ce qui n'empêche pas une répression pénale. Une telle tentative de qualification pénale des pratiques sadomasochistes n'a pas encore eu lieu jusqu'a ce jour en France. Pour autant, en théorie, la première incrimination possible est celle de l'article 222-1 du Code pénal qui réprime les actes de torture et de barbarie et en ce sens, les annotations du Code pénal. On notera que l'application de cet article nécessite une absence de consentement de la victime.

Les différentes incriminations de violences volontaires semblent toutefois mieux à même de permettre une éventuelle répression des pratiques sadomasochistes. Et ce, d'autant que l'infraction peut être constituée indépendamment des mobiles de l'auteur des violences, et où le consentement de la « victime » n'efface pas l'infraction.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a d'abord conforté sa position[1091] à l'arrêt de sa chambre plénière que nous avons évoqué précédemment. « En effet, si les juges, pour justifier l'absence de violation de l'article 8, consacrant le respect de la

[1090] D. BORILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009, pp. 168-171.
[1091] Laskey, Jaggard et Brown 0/ Royaume- Uni, 19 février 1997

vie privée, s'étaient fondés sur des raisons de santé dans la première affaire[1092], ils ont davantage scruté le consentement dans la seconde[1093] ». La Cour note « qu'il apparait en effet que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la "victime" n'y consentait plus n'ont pas été respectés. De surcroit, au fil du temps, toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents. Il y a eu une escalade de violence et les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas ou elle se serait terminée »[1094].

Cette décision place au cœur de la liberté sexuelle la notion de consentement. Cette évolution tend à protéger toutes les pratiques sexuelles consenties, en condamnant indirectement l'ingérence de l'Etat soit au nom de la « santé publique » soit au nom de la « morale ». Le juge européen estime, en effet, « que le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle, laquelle notion peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps. Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut des lors qu'il existe des raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité »[1095]. Elle reconnait ainsi la capacité de l'individu à agir érotiquement sans contraintes. C'est justement parce que le consentement libre n'apparaissait pas clairement tout au long de la relation sadomasochiste que la Cour a considéré l'ingérence de l'Etat par le biais d'une sanction pénale comme étant justifiée et non pas comme elle l'avait fait dans la première affaire pour des raisons de santé.

Daniel Borillo conclut que « désormais, si le consentement est clairement prouvé, les pratiques sexuelles extrêmes sont juridiquement protégées par les juges de Strasbourg »[1096]. Après avoir

---

[1092] « En bref, la Cour considère que les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique §1 la protection de la santé au sens de l'article 8, § 2 de la Convention (art. 8-2) », al. 50, Laskey, Jaggard et Brown cl Royaume- Uni.
[1093] D. BORILLO, *op. cit.* p. 170.
[1094] K. A. et A. D. c/ Belgique, 17 février 2005, cité par *id.*.
[1095] K.A. et A.D. c/ Belgique, 17 février 2005, cité *ibid.,* p. 171.
[1096] *Id*.

été longuement étranger aux pratiques sexuelles entre époux, le droit pénal s'intéresse à ce domaine quitte à exercer une police des mœurs comme on pouvait le reprocher au droit civil.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Dans ce second mouvement, le législateur a été déterminé pour apporter par des mesures pénales et parfois civiles, des réponses à une forme de criminalité marquée par l'abus d'une certaine vulnérabilité née dans l'univers domestique.

Les enfants. - Les victimes dont le sort a rapidement inquiété les pouvoirs publics ont été les enfants. Au fil des reconnaissance successives des droits accordés à l'enfant d'un point de vue national et international, le droit pénal français ne pouvait plus se contenter d'appréhender le fils ou la fille de famille comme un être dont le devenir dépendait uniquement de ses parents. La *patria potestas* ne devait plus régir les relations interpersonnelles dans la maison. C'est dans cet objectif que le droit pénal est intervenu pour sanctionner de façon accrue le comportement des auteurs de faits commis à l'encontre des mineurs dont l'âge est principalement fixé à moins de quinze ans. L'ensemble des actes a été envisagé par le législateur, qu'il soit de commission ou d'abstention, de nature violente ou sexuelle.

Deux dispositions prises dans le champ de la défense des mineurs touchent, néanmoins, à des valeurs morales que nous jugeons éloignées de la protection de la vulnérabilité. L'inceste, d'abord, renvoie à la protection de valeurs morales différentes de la vulnérabilité de la victime. Les aggravations fondées à la fois, sur l'âge de la victime et sur le lien d'autorité existant entre l'auteur et sa victime suffisent à prendre en compte la vulnérabilité des enfants dans leur cadre domestique. Légiférer sur le droit de correction, ensuite, correspond davantage à une démarche inscrite dans un courant de pensée inspiré des droits de l'enfant reconnus au niveau international. La vulnérabilité étant protégée par l'infraction aggravée de violences ou celle de privation de soins, c'est véritablement dans le choix du mode d'éducation de l'enfant que le législateur de 2016 a entendu s'immiscer, contraint en quelque sorte par une condamnation du Comité européen des droits sociaux.

Le couple. – Affranchi de lourdes difficultés fondées sur la puissance maritale, le législateur a pu prendre la mesure du temps à rattraper en matière de protection de la partie faible dans le couple. Le mariage tel qu'érigé par le Code civil de 1804 a posé une chape sur le couple empêchant le droit pénal de s'y introduire. Les mesures importantes prises par le législateur pénal sont relativement récentes et tiennent compte de la réalité d'un phénomène criminogène majeur : les violences faites aux femmes et le viol commis au sein du couple, souvent prémices à une issue dramatique.

A l'instar de l'excuse de maternité en matière de néonaticide, une question se pose au travers de l'actualité récente en terme de la reconnaissance d'un état de légitime défense d'épouse victimes de violences graves et répétées.

Enfin, l'appréhension des relations sexuelles au sein du couple par la justice a largement évolué pour permettre une véritable répression des actes commis en méconnaissance du défaut de consentement du conjoint. Avec l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme, nous pouvons même nous interroger sur le retour à l'ingérence de la justice pénale dans l'appréciation des actes pratiqués, comme cela a été le cas par la justice civile du XIXe siècle.

CONCLUSION GENERALE DE LA THESE

Sous l'Ancien Régime, fondé sur le mariage sacramentel et le renforcement de l'autorité paternelle à l'époque moderne, l'ordre familial est un pilier de la monarchie de droit divin. L'apparition de la justice criminelle comme attribut essentiel de la souveraineté du Roi en tant que pouvoir politique et père de ses sujets, se traduit notamment par la pénalisation croissante d'actes jugés contraires à une morale imposée par le monarque et portant atteinte à une ordre public déterminé par lui.

Le passage d'une monarchie disposant d'un pouvoir normatif intéressé à un Etat de droit de plus en plus marqué par les règles de droit supranationale s'est opéré par une évolution des mentalités, portant notamment sur les valeurs domestiques. Nous l'avons vu avec insistance, la tendance s'est dirigée en faveur d'une plus grande protection de l'état de faiblesse au sein de la maison et l'abandon de la protection de valeurs morales obsolètes. Pour autant cette lecture dichotomique n'est pas sans appeler quelques observations.

La résistance d'une morale domestique. – La suppression totale de mesures protectrices de valeurs morales distinctes de la vulnérabilité ne semble pas être une affirmation tout à fait exacte. Trois points abordés dans cette thèse nous laissent penser que des règles pénales ont été édictées dans l'unique dessein de défendre une certaine idéologie.

Meurtre sur ascendant. - Même si la volonté première du législateur de 1992 a été de ne plus faire de l'auteur du parricide une catégorie de criminel en particulier, il a néanmoins estimé que l'ascendant devait être protégé au moyen d'une circonstance aggravante. La frange conservatrice du Parlement souhaitait maintenir cette incrimination spéciale de parricide, alors qu'une grande partie des députés considéraient qu'il n'était pas plus grave de tuer un

ascendant qu'un tiers. Et c'est une solution transactionnelle qui a été retenue par la création d'une circonstance aggravante. Nous nous en étonnons néanmoins et faisons nôtres les remarques formulées par la majorité des députés de l'époque. Il ne parait, en effet, aucunement nécessaire de créer une circonstance aggravante tenant à la qualité d'ascendant de la victime, puisqu'il n'en existe pas d'équivalente pour le meurtre d'un descendant. En outre, si la victime mérite d'être protégée du fait d'une particulière vulnérabilité, elle l'est déjà à ce titre. L'aggravation fondée sur le lien de parenté entre l'auteur et la victime correspond à la préservation de la protection de valeurs morales familiales dont la France a beaucoup de difficultés à se départir.

L'inceste. – L'intégration du terme « incestueux » à l'article 222-31-1 du Code pénal, dans un chapitre consacré à « l'inceste commis sur les mineurs », par la loi du 14 mars 2016, marque également l'évolution en faveur d'une protection de valeurs morales indépendantes de la vulnérabilité des mineurs. Le régime pénal de protection des mineurs victimes d'infractions à caractère sexuel n'a pas été modifié substantiellement par la loi du 14 mars 2016. Le fait d'insérer un terme attendu par certaines associations ne présente pas un intérêt majeur dans le cadre de la répression. Et ce, d'autant que le terme inceste renvoie davantage à une acception psychanalytique, sociologique ou pour le moins idéologique. La véritable évolution législative dans ce domaine tient, à notre sens, dans la loi du 8 février 2010, aux termes de laquelle la « contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Même s'il s'agit de la première tentative d'insertion de l'inceste dans le Code pénal, cette réforme a pour bénéfice de mettre fin aux décisions iniques rendues par certaines juridictions, contraintes d'abandonner la qualification d'agressions sexuelles faute de pouvoir caractériser les sempiternelles « violence, contrainte, menace ou surprise ». Dès lors, la vulnérabilité est bel et bien protégée, par l'application de la loi pénale aux faits portant atteinte aux mineurs dans le cadre domestique. Plus appropriée que le terme inceste, il nous semblerait opportun de réfléchir sur celui de « pédophilie domestique ». L'inceste ne reflète pas la réalité des actes criminels commis dans l'enceinte de la maison, ces derniers étant généralement perpétrés sur la personne de mineurs, par des individus qui peuvent ne pas être les parents de la victime

Le droit de correction. – Notre troisième remarque portera sur le droit de correction remis en cause de façon récurrente par les projets et amendements « anti-fessés ». A l'inverse d'une

réminiscence de valeurs du passé, cette tendance est largement inspirée par les droits de l'enfant particulièrement contenus dans les normes internationales. A ce jour, suite à un amendement voté par l'Assemblée Nationale en juin 2016, l'introduction dans notre droit de mesures visant à circonscrire les châtiments corporels pourrait être réalisée dans le Code civil en ces termes : « l'exclusion de tout traitement cruel, dégradant ou humiliant, y compris tout recours aux violences corporelles ». Autrement dit, le droit pénal conserverait toute latitude pour apprécier l'application des normes répressives, notamment au travers de l'élément intentionnel du délit de violence. Il convient désormais d'attendre le vote du Sénat et le cas échéant, la position des instances internationales pour savoir si elles s'en satisferaient.

Le jeu des responsabilités dans l'ordre domestique. – Constat peut être fait que le Code pénal actuel n'a pas envisagé pleinement le bénéfice de ses faits justificatifs, qu'il a limité au commandement de l'autorité légitime, à la légitime défense des personnes ou des biens et à l'état de nécessité. A l'image de la création prétorienne de l'exercice des droits de la défense dans une procédure prud'homale[1097] comme fait justificatif, le milieu domestique a également engendré son lot de cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité.

Le retour d'une excuse de maternité en matière d'homicide volontaire d'un nouveau-né. – Les verdicts de cours d'assises nous laissent imaginer que l'esprit de la loi relative à l'infanticide perdure, malgré son abrogation à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code pénal actuel. En effet, une certaine clémence est de mise lorsque la mère tue son enfant dans les instants qui suivent la naissance. Si aucun texte ne le prévoit, la jurisprudence, que nous pouvons qualifier de *contra legem*, demeure quasiment constante.

Le meurtre du conjoint par une épouse battue. – Les affaires récentes posent une question importante relativement à l'usage du concept de légitime défense ou d'état de nécessité pour la victime de violences répétées de son conjoint qui mettrait fin aux jours de ce dernier. La première difficulté, comme en matière conjugale de façon générale, réside dans la communauté de vie qui présume une certaine forme d'acceptation de la situation par la victime. Un autre obstacle peut s'observer dans l'absence de simultanéité et de

[1097] Cass. Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim*. n°113 et 117 ; *D*. 2004. 2326, obs. KOBINA GABA

proportionnalité entre le danger causé par l'attitude violente du conjoint d'une part et la réaction meurtrière de l'auteur d'autre part. Deux affaires médiatiques ont connu des issues totalement différentes. Alexandra Lange a été purement et simplement acquittée du crime dont elle était accusée. Il semblerait que cet acquittement soit lié au caractère notoire des violences subies par Madame Lange et infligées par son mari, et à l'attitude de l'avocat général favorable à l'instauration d'un état de nécessité devant profiter aux femmes battues. Quant à Jacqueline Sauvage, son sort a été différent. Condamnée par la cour d'assises, elle a bénéficié d'une grâce présidentielle partielle. Devant les juges de l'application des peines, Madame Sauvage a été dernièrement déboutée de sa demande de mise en liberté. Il convient de s'interroger sur l'attitude des magistrats professionnels. Ont-ils agi par agacement suite à l'ingérence du pouvoir exécutif dans une décision judiciaire ? Ou ont-ils envoyé un message en direction du législateur pour combler ce vide juridique relativement à la reconnaissance d'un état de nécessité ? En tout état de cause, nous ne pouvons que nous engager en faveur d'une telle discussion devant le Parlement.

L'admission du vol entre époux relatifs aux biens « indispensables à la vie quotidienne ». – La loi du 4 avril 2006 permet dorénavant la répression du vol commis par un époux lorsque celui-ci porte sur des « objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ». Il ne s'agit ici évidemment pas de justifier un acte pénalement répréhensible, mais dans un raisonnement inverse de rendre punissable un acte couvert par une immunité. En tout état de cause, le milieu domestique est repensé pour tenir compte de ses réalités et permettre la protection des plus faibles.

Une protection « diluée » de la vulnérabilité domestique. – Il est vrai qu'au fil des réformes les infractions commises sur la personne d'un mineur et qui plus est par une personne ayant sur lui une autorité ont été aggravées. Pour autant, eu égard à la tendance actuelle d'accroître la liste des personnes particulièrement protégées, le mineur victime d'une infraction domestique se trouve noyé parmi tant d'autres. En effet, de nouvelles circonstances aggravantes liées à la qualité de la victime se sont développées au fil des réformes. Dernièrement, le législateur a décidé d'inclure parmi elles, les violences commises sur les arbitres sportifs. Dans cette dynamique, bientôt toutes les victimes pourront entrer dans le cadre de ces circonstances : mineurs de quinze ans, personnes particulièrement vulnérables, ascendants, conjoints ou concubins de l'auteur, professionnels de justice et sa famille, agents

d'un exploitant de réseau de transport public, personnes chargées d'une mission de service public, professionnels de santé, témoins, parties civiles, victimes en raison de leurs appartenances ou non à une ethnie, une nation, ou une religion, de leur orientation sexuelle.

Pour ce qui concerne le crime de viol, l'article 222-24 du Code pénal intègre la vulnérabilité des mineurs de quinze ans à une liste de plus en plus longue. Il apparaît ainsi que le viol commis sur mineur par un ascendant connaît la même sévérité que celui commis par un mari sur son épouse ou sur la personne d'une prostituée. Il résulte de ce constat un régime actuel des circonstances aggravantes applicable aux auteurs de viol sur mineur de quinze ans, très insatisfaisant. Il conviendrait donc d'établir un système plus protecteur du jeune âge de la victime, d'une part, en faisant de la minorité de quinze ans un élément constitutif et d'autre part, en prévoyant une répression plus accrue. Ainsi pourrait être aggravé le sort de l'auteur dans les mêmes circonstances que celles des majeurs, en appliquant néanmoins une peine plus importante.

Force est, enfin, de constater que l'univers domestique est un lieu particulier dans lequel le droit peut difficilement pénétrer du fait notamment du consentement souvent présumé des victimes ou à tout le moins d'une absence de consentement dont il est compliquée de rapporter la preuve. Ces limites posées à l'application de la loi pénale se retrouvent *a fortiori* dans le domaine des infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs et entre époux. Pour convertir les mentalités, le législateur a été contraint d'intervenir pour présumer l'absence de consentement dans le premier cas et supprimer la présomption de consentement dans l'autre.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES – MANUELS

ARISTOPHANE, *Les Guêpes*, traduit par H. Van Daele, Paris, Les Belles Lettres, 1998.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par J. Voilquin, Paris, Garnier Flammarion, n° 43, 1968.

ARISTOTE*, Politique, Livres I à VIII*, traduit par J. Aubonnet, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1993.

AUDET Jean et KATZ Jean-François, *Précis de victimologie générale*, Paris, Dunod, 2006.

BARD Christine, CHAUVAUD Frédéric, et PERROT Michelle, *Femmes et justice pénale, XIXe-XXe siècles*, Rennes, PUR-Presses universitaires de Rennes, 2002.

BARROT Jacques, *L'Observation de l'enfance en danger : guide méthodologique*, Paris, ODAS-Observatoire national action sociale décentralisée, coll. « Les guides méthodologiques de l'ODAS », 1995.

BAUD Jean-Pierre, *Le droit de vie et de mort, Archéologie de la bioéthique*, Paris, Aubier, 2001.

BAUTAIN Louis-Eugène-Marie, *Philosophie des lois au point de vue chrétien*, Paris, Didier, 1860.

BEAUMANOIR Philippe de, *Coutumes de Beauvaisis, texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique*, Paris, A. Picard, 1899.

BEAUMARCHAIS Pierre-Augustin-Caron de, *Le mariage de Figaro*, Paris, Gallimard, coll. « Folio classique », 1999.

BEAUTHIER Régine, *La répression de l'adultère en France du XVIe au XVIIIe siècle*, Bruxelles [Belgique], Story-Scientia, 1990.

BERRIAT-SAINT-PRIX Jacques, *Cours de droit criminel, fait à la Faculté de droit de Grenoble*, Grenoble, Imprimerie de la Ve Peyronard, 1817.

BLEGNY Nicolas de, *La doctrine des rapports de chirurgie*, Lyon, Thomas Amaulry, 1687.

BOLOGNE Jean-Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Lattès, 1995.

BONNECHERE Michèle, *Le droit du travail*, Paris, La Découverte, 1997.

BORILLO Daniel, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 2009.

BOSC Yannick et WAHNICH Sophie, *Les Voix de la Révolution, projets pour la démocratie*, Paris, La Documentation française, 1990.

BOTTERO Jean, *Mésopotamie, L'écriture, la raison et les dieux*, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », n° 81, 1997.

BROUARDEL Paul, *L'infanticide, cours de médecine légale*, Paris, Librairie J.-B. Baillière et fils, 1897.

BRUNEAU Antoine, *Observations et maximes sur les matières criminelles, conformes aux édits et ordonnances , Arrêts & Reglemens des Cours Souveraines du royaume*, Paris, Chez Guillaume Cavelier, 1715.

CADOR Petra, *Le traitement juridique des violences conjugales, la sanction déjouée*, Paris, Harmattan, coll. « Logiques sociales », 2005.

CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF-Presses Universitaire de France, coll. « Droit fondamental »,1990.

CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 2000.

CARBONNIER Jean, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Paris, LGDJ-Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5e édition, Paris, LGDJ-Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.

CARBONNIER Jean (Préf.), *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers », 1983.

CERTEAU Michel de, *L'écriture de l'histoire*, Gallimard, coll. « Bibliothèques des histoires », 1975.

CHATAGNIER M., *De l'infanticide dans ses rapports avec la loi, la morale, la médecine légale et les mesures administratives*, Paris, Cosse, 1855.

CHAUVEAU Adolphe, *Code pénal progressif, commentaire sur la loi modificative du Code pénal*, Paris, Chez l'éditeur au bureau de la jurisprudence criminelle, 1832.

CHAUVEAU Adolphe et Hélie Faustin, *Théorie du Code pénal, 5e édition, entièrement revue et considérablement augmentée*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872.

CHESNAIS Jean-Claude, *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, Paris, Robert Laffont, 1981.

CHEVALLIER Jean-Yves, « Réflexions impertinentes sur la protection pénale de la femme »,in *La terre, la famille, le juge, études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, coll. « Travaux et recherches, Série Faculté de droit et de science politique de Rennes », 1990, p. 454.

COLLARD DE MARTIGNY Collin-Pierre, *Du système des circonstances atténuantes depuis son origine spécialement sous le Code de 1832 et des modifications qu'il exige*, Paris, C. Haingray, 1840.

COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire: mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006.

COLLECTIF, *La terre, la famille, le juge, études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, coll. « Travaux et recherches, Série Faculté de droit et de science politique de Rennes », 1990.

CONTE Philippe, *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, 2003.

CORNET Jacqueline, *Faut-il battre les enfants ? Relations entre les accidents et la violence éducative*, Paris, Hommes et perspectives - Martin média, 1997.

CORNU Gérard, *Droit civil, la famille*, 9e édition, Paris, Montchrestien, 2006.

COURBE Patrick, *Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996.

COURBE Patrick, *Droit de la famille*, Paris, Sirey, 2008.

CUCHE Paul, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, Paris, LGDJ-Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905.

DAMASIO Antonio R., *Le sentiment même de soi, corps, émotions, conscience*, traduit par C. Larsonneur et C. Tiercelin, Paris, Odile Jacob, 1999.

DAON Roger, *Conduite des confesseurs dans le tribunal de la pénitence, selon les instructions de Saint Charles Borromée et la doctrine de Saint François de Sales*, Nouvelle édition, Paris, Méquignon Junior, librairie de la faculté de théologie, 1828.

DELRIEU Alain, *Lévi-Strauss Lecteur de Freud, Le droit, l'inceste, le père et l'échange des femmes*, 2e édition revue et augmentée, Paris, Anthropos, coll. « Psychanalyse et pratiques sociales », 1999.

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général, à jour au 15 septembre 2005*, 12e édition, Paris, Economica, 2005.

DEVAUX Jean, *L'art de faire des rapports de chirurgie*, Paris, Laurent d'Houry, 1703.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e édition complétée et mise à jour, Paris, Sirey, 1947.

DOUCET Jean-Paul, *La protection pénale de la personne humaine*, Liège [Belgique], Université de Liège, 1979.

DUPONT DE L'EURE Jacques-Charles, *Compte général de l'Administration de la Justice criminelle en France pendant l'année 1829, présenté au Roi par le Garde des sceaux*, Paris, Imprimerie royale, 1830.

DURKHEIM Emile, *La Prohibition de l'inceste et ses origines*, Paris, Payot et Rivages, 2008.

FENOUILLET Dominique*, Droit de la famille,* Paris, Dalloz, 2008.

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. « nrf », 1975.

FOUCAULT Michel, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère*, coll. « Folio histoire », Paris, Gallimard, 1994.

FREUD Sigmund, *Totem et tabou*, traduit par S. Jankélévitch, Paris, Payot et Rivages, 2001.

GARÇON Émile-Auguste, *Code pénal annoté*, nouvelle édition refondue et mise à jour par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, Paris, Sirey, 1956.

GARÇON Émile-Auguste, *Code pénal annoté*, Paris, Sirey, 1952, 3 vol.

GARÇON Émile-Auguste, *Code pénal annoté*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1901, 2 vol.

GAROFALO Raffaele, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 1888.

GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2e édition, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais : L. Larose, 1898, 6 vol.

GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888, 6 vol.

GARRAUD René, *Précis de droit criminel, contenant l'explication élémentaire de la partie générale du code pénal, du code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, Paris, Sirey, 1909.

GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3e édition, Paris, Sirey, 1922, 6 vol.

GAUDEMET Jean, *Le Mariage en Occident, les mœurs et le droit*, Paris, Éditions du Cerf, 1987.

GAUDEMET Jean, *Le droit privé romain*, Paris, Armand Colin, 1974.

GLANDIER-LESCURE Nathalie, *L'inceste en Droit français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM- Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

GOYET Francisque, ROUSSELET Marcel et PATIN Mauice, *Droit pénal spécial*, 7e édition refondue et mise à jour, Paris, Sirey, 1958.

GOYET Francisque, ROUSSELET Marcel, et PATIN Maurice, *Précis de droit pénal spécial: étude des infractions punies par le Code pénal et par les lois les plus importantes*, 6e édition, Paris, Sirey, 1950.

GUIGNARD Charles de, *Infanticide : faut-il rétablir les tours ?*, Tours, Mazereau, 1883.

HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 1996.

HERITIER Françoise, *Les deux sœurs et leur mère, anthropologie de l'inceste*, Paris, Odile Jacob, 1994.

HOMERE, *L'Odyssée*, traduit par F. MUGLER, Arles, Actes Sud, 1995.

IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel : et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPEL, 2002.

IMBERT Jean, *La peine de mort*, 2e édition, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1993.

ISAMBERT François-André, DECRUSY et JOURDAN Athanase-Jean-Léger, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1821, 29 tomes.

JACOBET DE NOMBEL Camille de, *La théorie générale des circonstances aggravantes*, Paris, Dalloz, 2006.

JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général*, 2e édition, Paris, Montchrestien, 1991.

JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure Père, 1771, 4 tomes.

KOERING-JOULIN Renée, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 389-394.

LACASSAGNE Alexandre et MARTIN Etienne, *Précis de médecine légale*, 3e édition, Paris, Masson, 1921.

LAE Jean-François, *L'instance de la plainte, une histoire politique et juridique de la souffrance*, Paris, Descartes et Cie, coll. « Droit », 1996.

LAE Jean-François, *L'Ogre du jugement, les mots de la jurisprudence*, Paris, Stock, 2001.

LAINGUI André et LEBIGRE Arlette, Histoire du droit pénal, tome 1 : le droit pénal, Paris, Cujas, 1979.

LE BRUN DE LA ROCHETTE Claude, *Le Procès criminel divisé en deux livres : Le premier contenant les crimes : le second la forme de procéder aux matières criminelles. Le tout selon les Loix civiles, et Canoniques, Arrests des Cours Souveraines, et Ordonnances de nos Roys*, Rouen, Chez Pierre Calles, 1611.

LAJOYE Raoul, *De la préméditation dans le parricide et dans l'infanticide*, Paris, A. Parent, 1875.

LAMEYRE Xavier, *La criminalité sexuelle*, Paris, Flammarion, coll. « Dominos », 2000.

LANGE Alexandra, *Acquittée, « Je l'ai tué pour ne pas mourir »*, Paris, Michel Lafon, 2012.

LANGE François, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, ou le nouveau praticien françois, réformé suivant les nouvelles ordonnances*, Cologne [Allemagne], Pierre Motiens, 1731.

LANNOY Jacques-Dominique de et FEYEREISEN Pierre, *L'inceste*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 1992.

LAPALUS Sylvie, *La mort du vieux, une histoire du parricide au XIXe siècle*, Paris, Tallandier, 2004.

LARGUIER Jean, *Droit pénal général et procédure pénale*, 6e édition, Paris, Dalloz, 1976.

LASCOUMES Pierre et PONCELA Pierrette, *Réformer le Code pénal, où est passé l'architecte ?,* Paris, PUF-Presses universitaires de France, 1998.

LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, et LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre: une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

LASZLO-FENOUILLET Dominique, *Droit de la famille*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2008.

LE BRUN DE LA ROCHETTE Claude, *Les procès civils et criminels*, Rouen, Pierre l'Oyselet, 1619.

LEBRUN Pierre-Brice, *Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant en action sociale et médico-sociale*, Paris, Dunod, 2011.

LECLERC Henri, *Le nouveau Code pénal*, Paris, Seuil, 1994.

LECLERC Marcel, Violences en famille : Conflits privés, pudeurs publiques, dire, rendre justice, réparer ?, Paris, La documentation française, 1997.

LEGENDRE Pierre, *Autour du parricide*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, coll. «Travaux du laboratoire européen pour l'étude de la filiation», 1995.

LEGLUDIC Henri, *Notes et Observations de médecine légale, les attentats aux mœurs*, Paris, Masson, 1896.

LEVI-STRAUSS Claude, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton de Gruyter, 1967.

LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

LOMBROSO César, *L'homme criminel : criminel né, fou moral, épileptique, Etude anthropologique et médico-légale*, Paris, Félix Alcan, 1887.

MALEPEYRE Léopold, *Précis de la science du droit criminel et pénal*, Paris, Bachelier, 1830.

MANGIN Abbé de, *Science des confesseurs, ou décisions théologiques, canoniques, dogmatiques, et morales, sur toutes les parties de la doctrine chrétienne: en forme de conférences ecclésiastiques* ..., Paris, Bauche, 1757.

MANIER Bénédicte, *Le travail des enfants dans le monde*, Paris, La Découverte, 1999.

MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 2004.

MERLE Roger, *Droit pénal général complémentaire*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 1957.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, tome 3 : Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1982.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, tome 1 : problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7e édition, Paris, Cujas, 1997.

MILLET Emmanuelle, *Pour en finir avec les violences conjugales*, Paris, Marabout, 2005.

MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, Réédition, Paris, Garnier, 1990.

MUYART de VOUGLANS Pierre-François, *Les Loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, La société de typographie, 1781.

MUYART de VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matiéres, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume ; avec un Traité particulier des crimes,* Paris, Le Breton, imprimeur ordinaire du Roi, 1757.

NAQUET Alfred, *Religion, propriété, famille,* Paris, éditions Poupart Davyl, 1869.

NERAC-CROISIER Roselyne, *Le mineur et le droit pénal*, Paris, Harmattan, coll. « Logiques juridiques », série « Science criminelle », 1997.

ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar, *Eléments de droit pénal, pénalité, juridictions, procédure suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, 4e édition, Edouard-Louis-Joseph Bonnier, Plon, 1875.

PALLU H., *La vérité sur les tours*, Paris, Berger-Levrault, 1879.

PERROT Michèle et ROBERT Philippe, *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et le rapport relatif aux années 1826 à 1880*, Genève-Paris, Slatkine, 1989.

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français, tome 2 : La famille : mariage, divorce, filiation*, 2e édition, Paris, LGDJ-Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

PLATON, *La République, œuvres complètes, livres I-III, tome VI*, traduit par E. CHAMBRY, Paris, Les Belles Lettres, 1932.

PLATON, *Les lois*, tome 1, Paris, Flammarion, 2006.

PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres*, traduit par J. Amyot, Paris, Gallimard, 1951.

PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, 2e édition, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Thémis »,1995.

PORCHY Marie-Pierre, *Les silences de la loi : un juge face à l'inceste*, Paris, Hachette Littératures, 2003.

PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804*, Bordeaux, Editions Confluences, coll. « Voix de la cité », 1999.

PRADEL Jean, *Manuel de droit pénal général*, 15e édition revue et augmentée, À jour au 15 septembre 2004, Paris, Cujas, 2004.

PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 5e édition, Paris, Cujas, 2010.

PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *Manuel de droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, Paris, Cujas, 2004.

PROUDHON Jean-Baptiste-Victor et VALETTE Claude-Denis-Auguste, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du code civil*, Paris, A. Marescq, 1848, 2 vol.

PUECH Marc, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 4e édition, Paris, Dalloz, 2004.

RAU Frédéric-Charles et AUBRY Charles-Antoine, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, tome 5*, Paris, Marchal et Billiard, 1878.

RENARD Jules, *Les Cloportes*, Paris, Autrement, 1993.

ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 6e édition, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Thémis Droit », 2005.

RONSIN Francis, *Le Contrat sentimental : débats sur le mariage, l'amour, le divorce, de l'Ancien Régime à la Restauration*, Paris, Aubier, 1990.

ROUJOU de BOUBEE Gabriel, BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, et MAYAUD Yves, *Code pénal commenté*, Paris, Dalloz, 1996.

ROUSSEAU DE LA COMBE Guy du, *Traité de matière criminelle suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, Théodore Le Gras, 1756.

SALVAT Eugène, *Du sénatus-consulte Velléien et de l'incapacité de la femme mariée, en droit français*, Paris, Imprimerie et Librairie Charles Noblet, 1876.

SANCHEZ Thomas, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, Anvers [Belgique], Martinum Nutium, 1607, 3 tomes.

SCHWARTZ Lita Linzer et K. ISSER Nathalie, *Endangered Children: Neonaticide, Infanticide, and Filicide*, New York, CRC Press, coll. « Pacific Institute Series on Forensic Psychology », 2000.

SERIAUX Alain, *Droit canonique*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, coll. « Droit fondamental », 1996.

SIMON Léon, *Traité élémentaire d'hygiène et de médecine légale*, Paris, Mairet et Fournier Libraires-éditeurs, 1842.

TACITE, *La Germanie*, traduit par J. Perret, Paris, Les Belles Lettres, 1949.

TARDIEU Ambroise, *Etude médico-légale sur l'infanticide*, Paris, J.-B. Baillière, 1868.

TARDIEU Ambroise, *Etude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, 5e édition, Paris, J.-B. Baillière, 1867.

THIREAU Jean-Louis, *Histoire du droit de la famille*, Lyon, l'Hermès, 1998.

THOINOT Léon-Henri et DUPRE Ernest-Pierre, *Attentats aux mœurs et perversions du sens génital : leçons professées à la Faculté de médecine*, Paris, Octave Doin, 1898.

TILLIER Annick, « L'infanticide face à la justice au XIXe siècle : l'exemple de la Bretagne, 1825-1865 », in *Femmes et justices pénale, XIXe –XXe siècles*, Rennes, PUR-Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 67-74.

TOCQUEVILLE Aude de et MELCHIOR-BONNET Sabine, *Histoire de l'adultère, la tentation extra-conjugale de l'antiquité à nos jours*, Paris, La Martinière, 1999.

TZITZIS Stamatios, *La personne, l'humanisme, le droit*, Laval [Québec], PUL-Presses de l'Université de Laval, 2001.

VERON M., *Droit pénal spécial*, 7e édition mise à jour, Paris, Armand Colin,1999.

VIET Vincent, *Les voltigeurs de la République. L'Inspection du travail en France jusqu'en 1914*, Paris, CNRS Editions, 1994, 2 vol.

VILLERME Louis-René, *Tableau physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, Jules Renouard et Cie, 1840, 2 vol.

VIOLLET Paul, *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Paris, Larose et Forcel, 1893.

VOLTAIRE, « Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de Province », in *Mélanges*, 52e édition, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », n° 152, 1961.

VOLTAIRE et BERL Emmanuel, *Mélanges*, 52e édition, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », n° 152, 1961.

VOUIN Robert, « Permis de séduire et Code pénal français », in *Mélanges, en hommage à Jean Constant*, Liège [Belgique], Faculté de droit de Liège, 1971, p. 403-416.

VOUIN Robert, *Précis de droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1953.

WALCH Agnès, *Histoire de l'adultère, XVIe-XIXe siècle*, Paris, Perrin, coll. « Pour l'histoire », 2009.

ZOLA Emile, « Pot-Bouille », in *Les Rougon-Macquart*, tome 3, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », n° 173, 1964.

II. THESES et MEMOIRES

ALLEXANDRE-LEFEVRE Elizabeth, *L'infanticide devant le Parlement de Paris de 1750 à 1790*, Thèse de doctorat de droit, Université Panthéon-Assas, Paris, 2002.

BRESSON Anne, *Le vol domestique au XVIIIe siècle d'après les arrêts du Parlement de Paris*, Thèse de doctorat d'Etat, Histoire du droit, Université Paris II, Paris, 1978.

DALLOZ Marc, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, Thèse de doctorat de droit privé et sciences criminelles, Université de Nice, Nice, 2001.

DUMAS Emile, *Du libericide ou meurtre des enfants mineurs par leurs parents*, Thèse de médecine, Faculté de médecine et de pharmacie de Lyon, Lyon, Imprimerie A. Storck, 1892.

DUMONT Guillaume, *L'émergence au XIXe siècle, de la médecine légale face à la criminalité domestique*, Mémoire de Diplôme Universitaire de criminalistique, Université Paris V - René Descartes, Paris, 2004.

ELOI Clément, *Les caractères de l'influence de la victime en droit pénal*, Thèse de doctorat de droit, Université de Rennes 1, Rennes, 2013.

GAGNON Gemma, *La criminalité en France : le phénomène homicide dans la famille en Seine Inférieure de 1811 à 1900, Justice, structures sociales et comportements*, Thèse de doctorat d'histoire, Paris, EHESS- Ecole des hautes études en sciences sociales, 1996, Lille, Atelier national de reproductions des thèses, 1997.

GHERSON Elise, *La violence domestique*, Thèse de doctorat de droit, Université de Nice, Nice, 2005.

GUEGO Henry, *Contribution à l'étude statistique sur la criminalité en France de 1826 à 1900*, Thèse de doctorat de médecine, Université de Paris, Paris, A. Michalon, 1902.

IMBART DE LA TOUR Georges, *Des circonstances atténuantes*, Thèse pour le doctorat de droit, Paris, H. Jouve, 1898.

JAMIN René, *Appréciation critique du Code civil sur la législation de la correction paternelle, réforme à faire et lacune à combler*, Thèse de doctorat de droit, Université de Paris, Paris, Imprimerie H. Jouve, 1903.

RAOUL Florentin, *Le parricide au point de vue médico-légale*, Thèse d'exercice de médecine, Université de Lyon, Lyon, A. Storck, 1901.

RIPOSSEAU Gatien-Hugo, *Pénalisation et dépénalisation (1970-2005)*, Mémoire de Master II recherche droit pénal et sciences criminelles, Université de Poitiers, 2004.

SADI Mathieu, *Vers une meilleure protection de l'enfance, la réglementation actuelle du droit de correction*, Thèse de doctorat de droit, Université de Toulouse, Toulouse, Imprimerie A. Escourbiac, 1938.

TAUZIN Laurence, *Les crimes familiaux en Ille-et-Vilaine entre 1811 et 1940*, Thèse de doctorat en histoire du droit, Université de Rennes 1, Rennes, 2000.

III. COLLOQUES

BRAS Jean-Philippe, « La controverse autour du mariage islamiste de Lille : quel compromis sur la virginité des femmes », in *Les figures du compromis dans les sociétés islamiques : perspectives historiques et socio-anthropologiques*, actes du colloque organisé par le laboratoire DIRASET-études maghrébines les 15, 16 et 17 mars 2010 à Tunis, Paris, Karthala, 2011, p.159-173.

BURGUIERE André, « Pratique du charivari et répression religieuse dans la France d'Ancien Régime en Languedoc », in *Le charivari*, actes de la table ronde organisée à Paris, 25-27 avril 1977, par l'Ecole des hautes études en sciences sociales et le Centre national de la recherche scientifique, Paris, EHESS-Ecole des hautes études en sciences sociales, Mouton éditeur, 1981.

CARBASSE Jean-Marie, « *Currant nudi* : la répression de l'adultère dans le Midi médiéval », in *Droit, histoire et sexualité*, colloque, 1985, organisé par l'Université des sciences sociales de Toulouse, Lille, Publications de l'espace juridique, 1987, p. 83-102.

LABBEE Xavier, TERREE François, BENMBAREK-LESAFFRE Kenza, et *al*., « Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple ? », actes du colloque de l'Institut du droit et de l'éthique de l'Université de Lille II du 11 mai 2007, *Petites Affiches*, n° spécial, 20 décembre 2007, n°254.

LE GOFF Jacques et SCHMITT Jean-Claude, *Le charivari*, actes de la table ronde organisée à Paris (25-27 avril 1977), par l'Ecole des hautes études en sciences sociales et le Centre national de la recherche scientifique, Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, Mouton éditeur, 1981.

PALLARD Henri, TZITZIS Stamatios, *Droits fondamentaux et spécificités culturelles, actes du*

colloque, Paris, 4-5 novembre 1994, Paris, Harmattan, coll. « l'éthique en mouvement », 1997.

POUMAREDE Jacques et ROYER Jean-Pierre, *Droit, histoire et sexualité*, colloque, 1985, organisé par l'Université des sciences sociales de Toulouse, Lille, Publications de l'espace juridique, 1987.

ROBERT Jean-Louis, *Inspecteurs et Inspection du travail sous la IIIe et IVe République*, Paris, communications présentées au colloque "Travail et travailleurs en France au XIXe-XXe siècles" organisé à l'occasion du centenaire de l'Inspection du travail par le GDR-CNRS, Paris, La Documentation française et Ministère de l'emploi et de la solidarité, 1998.

IV. DISCOURS, RAPPORTS

BAUER Alain et SOULLEZ Christophe, *La criminalité en France, rapport 2012 de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales - Synthèse* [en ligne], Paris, INHESJ - Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice et ONDRP - Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, 2012. Disponible au format PDF en ligne : https://www.inhesj.fr/sites/default/files/fichiers_site/ondrp/rapports_annuels/synthese_2012.pdf

BOUSQUET Danielle (Présidente) et GEOFFROY Guy (Rapporteur), *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes* [en ligne], tome I, Paris, Assemblée Nationale, n° 1799, 2009. Disponible au format PDF en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1799-t1.pdf

BRANGER Jean-Guy, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes, Proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple : Lutte contre les violences au sein du couple. Rapport d'information sur les propositions de loi correspondantes* [en ligne], Paris, Sénat, n°229, 2005. Disponible au format PDF en ligne : https://www.senat.fr/rap/r04-229/r04-2291.pdf

BETEILLE Laurent, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes* [en ligne], Paris, Sénat, n°465, 2009. Disponible au format PDF en ligne : https://www.senat.fr/rap/l08-465/l08-4651.pdf

CHOQUET Marie et LEDOUX Sylvie, *Adolescents: enquête nationale*, Paris, INSERM-Institut national de la santé et de la recherche médicale - La Documentation française, 1994.

DATI Rachida, « Les violences faites aux femmes », *discours du* Garde des sceaux, Ministre de la Justice, 23 novembre 2007 [en ligne]. Disponible en ligne : http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2007-10239/les-violences-faites-aux-femmes-13771.html

ESTROSI Christian, *Mission parlementaire: Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? Rapport de la mission confiée par le Premier ministre à Monsieur Christian Estrosi, député des Alpes-Maritimes* [en ligne], Paris, Ministère de la justice, 2005. Disponible au format PDF en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000481.pdf

GEOFFROY Guy, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple* [en ligne], Paris, Assemblée Nationale, N°2726, 2005. Disponible au format PDF en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r2726.pdf

GEOFFROY Guy et BLISKO Serge, *Rapport d'information déposé en application de l'article 86, alinéa 8, du règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la mise en application 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* [en ligne], Paris, Assemblée nationale, n°491, 2007. Disponible au format PDF en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i0491.pdf

HYEST Jean-Jacques, *Rapport au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à le répression des crimes et délits contre les biens, déposé le 12 décembre 1991*, Paris.

Ministère de la justice et Direction des affaires criminelles et des grâces, *Les violences au sein du couple, guide de l'action publique* [en ligne], Paris, Ministère de la justice, coll. « Guide méthodologique », 2011. Disponible au format PDF en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_violences_conjugales.pdf

PILLET François, *Rapport fait au nom de la commission des lois, Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes* [en ligne], Paris, Sénat, n°564, 2010. Disponible au format PDF en ligne : https://www.senat.fr/rap/l09-564/l09-5641.pdf

PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804*, Bordeaux, Editions Confluences, 2004.

V. ARTICLES de PERIODIQUES et CHRONIQUES

ALT-MAES Françoise, « le PACS à l'épreuve du droit pénal », *La semaine juridique,* 2000, I, p. 275.

AMAR Jacques, « PACS et immunités familiales », *Droit pénal*, octobre 2000, n°10, Chron., p. 4 et s.

AUDREN Frédéric et HALPERIN Jean-Louis, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXème-XXème siècles) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, n° 4, p. 3-7.

BARRAU Patrick et HORDERN Francis, « Histoire du droit du travail par les textes, tome 1, de la Révolution à la 1ère Guerre Mondiale (1791-1914) », *Cahiers de l'Institut régional du travail* (IRT d'Aix-en-Provence), n° 8, 3e trimestre 1999.

BATTEUR Annick, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 759 et s.

BAUD Jean-Pierre, « Du secret de la maison au secret de l'hôpital », *Cités*, 2006, n° 26, p. 15-25.

BELINGA Odile, « Brisez le silence avant qu'il ne vous brise ! », *Actualité juridique famille*, 2010, p. 520.

BOLZE Christian, « Le refus d'informer : une sanction exceptionnelle en procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1982, n° 2, p. 311-329.

BONFILS Philippe, « La loi n° 2010 121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, p. 462.

BONNEAUDEAU R., « L'excuse atténuante de maternité en matière d'infanticide et d'avortement », *Revue d'études et d'informations de la gendarmerie nationale*, 2e trimestre 1969, n° 80, p. 25-32.

BONNET Audrey, « les infractions familiales et leur constitutionnalité », *Actualités juridiques famille,* 2012, p.603-606.

BONNEFOY André, « La répression des crimes et délits commis contre les enfants », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1951, n° 4, p. 601-618.

BOUCHARD Jean-Pierre, « Evolution sémantique, pénale et répressive d'un crime hors du commun: le parricide », *Revue d'études et d'informations de la gendarmerie nationale*, 3e trimestre 1997, vol. 185, p. 56-61.

BROUCHOT Jean, « La loi du 13 avril 1954 relative à la répression des crimes et délits contre les enfants », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1955, n° 1, p. 1-17.

BRUGUIERE Jean-Michel, « Le devoir conjugal, philosophie du Code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2010, Chron. 10, p. 11.

CANNAT Pierre, « Chronique de criminologie », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1949, n°2, p. 389-393.

CARBONNIER Jean, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *Jurisclasseur périodique*, 1952, I.1034, note 28.

CARTIER Emmanuel, « Histoire et droit: rivalité ou complémentarité? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 3, p. 509–534.

CORPART Isabelle, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le code pénal », *Revue juridique personnes et familles*, juin 2010, n° 6, p. 10.

COUVRAT Pierre, « livre II : Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1993, n°3, p. 469-480.

CRETIN Thierry, « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mi- neufs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, mars 1992, n° 1, p. 53-58.

DEFOORT Camille, « Regard critique sur le régime pénal applicable aux infractions de nature sexuelle commises contre les mineurs», *Revue pénitentiaire de droit pénal, n°4, décembre* 2006, p. 763-798.

DELORS Germain, « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, décembre 2011, n° 4, p. 817-824.

DESIRY Robert, « Convient-il de déférer à nouveau l'infanticide à la compétence de la cour d'assises ? », *Dalloz*, 1948, Chron., p. 105-108.

DETRAZ Stéphane, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gazette du palais*, 4 mars 2010, n° 63, p. 10.

DOYON Julie, « Un crime impuni ? le vol familial dans la jurisprudence du Parlement de Paris au XVIIIe siècle », *Annales de démographie historique*, 2015, vol. 2, n° 130, p. 87-102.

FEENSTRA Robert, « Compte rendu », *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, n°7, p. 296-302.

FOURNIER Stéphanie, « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1995, n° 11, p. 475-504.

GAUDEMET Jean, « Etudes juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit*, 1959, n° 4, p. 11-21.

GENDREL M., « Attentats aux mœurs entre membres d'une même famille », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1964, p. 32-53.

GIRAULT Carole, « Agression sexuelle : la contrainte peut résulter du jeune âge de la victime », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 175.

GOUTTENOIRE Adeline, « Châtiments corporels : la France doit-elle légiférer ? » [en ligne], *La lettre juridique-Lexbase*, 19 mars 2015, n° 605. Disponible au format PDF en ligne : http://www.presentation.lexbase.fr/sites/default/files/publications/n6456bun.pdf

GUÉRY Christian, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *Recueil Dalloz*, 1998, Chron., p. 47-52.

GUEVEL Didier, « La famille incestueuse », *Gazette du palais*, 16 octobre 2004, n° 290, p. 2-14.

GUYOT Françoise, « Politiques pénales », *Actualité juridique famille*, 2003, n° 12, p. 407-410.

HENNEQUIN J.-B.-S., « Questions médico-légales relatives à l'infanticide, traitées », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1829, tome 2, 1ere partie, p. 481-485.

HERZOG-EVANS Martien, « Châtiments corporels : vers la fin d'une exception culturelle ? », *Actualité juridique famille*, 2005, p. 212 et s.

JOCCOTTON A., « Des circonstances atténuantes en matière de parricide », *Revue pratique de droit français*, 1er semestre 1858, vol. 1, p. 35-43.

LABBEE Xavier, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *Actualité juridique famille*, 2008, n° 3, p. 112.

LACASSAGNE A., « La peine de mort et criminalité », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1908, tome XXIII, p. 57-74.

LAMEYRE Xavier, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, *n° 3,* juillet-septembre 2002,

p. 547 et s.

LARGUIER Jean, « *Rigueur pénale et protection de l'enfance à propos de la loi du 23 Avril 1954 relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants », Recueil Dalloz,*1955, I.43.

LEROYER Anne-Marie, « Commentaire de la loi du 4 avril 2006 », *Revue trimestrielle de droit civil,* 2006, p.402.

LEVASSEUR Georges, « Infractions contre les personnes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 1987, n°2, p. 425-433.

LAPAPLUS Sylvie, « Le parricide comme exacerbation des violences familiales au XIXe siècle », *Trames*, 1999, n° 5, p. 135–147.

LEPAGE Agathe, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *La semaine juridique édition générale*, 22 mars 2010, n° 12, étude 335, p. 609-617.

LORVELLEC Soizic, « La maltraitance en question : l'exemple français », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 1998, n° 4, p. 423-435.

LORVELLEC Soizic, « Le juge et l'inceste, réflexions à partir d'une étude de dossiers judiciaires », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 1990, vol. 43, n° 1, p. 59-82.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Stigmatisation européenne du viol entre époux », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 512-514.

MAUREL Olivier, « Les conséquences des châtiments corporels infligés dans le cadre de l'éducation », *Actualité juridique famille*, 2005, p. 224-225.

MAYAUD Yves, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *Actualité juridique pénal*, janvier 2004, n° 1, p. 9-13.

MAYAUD Yves, « Les violences non-intentionnelles après la loi du 10 juillet 2000 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, Chron., p. 156-163.

MAYAUD Yves, « L'inceste dans… l'illégalité », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2011, p.830-831.

MAYER Danièle, « Droit pénal », *Travaux de l'Association Henri Capitant,* 1981, n° spécial « La protection de l'enfant, journées égyptiennes 1979 », tome XXX, p. 273-289.

MAYER Danièle, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980», *Recueil Dalloz*, 1981, Chron., p. 283-285.

MAYER Danièle, « La pudeur du droit face à l'inceste », *Recueil Dalloz*, 1988, 27e cahier, Chron., p. 213-215.

MILNE-EDWARDS Henri et VILLERME Louis-René, « De l'influence de la température sur la mortalité des enfants nouveau-nés », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1829, vol. 2, p. 290 et s.

MONTAS Arnaud et ROUSSEL Gildas, « La pénalisation explicite de l'inceste, nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, 2010, n° 32, p. 289-308.

MORABITO Marcel, « Droit romain et réalités sociales de la sexualité servile », *Dialogues d'histoire ancienne*, 1986, vol. 12, n° 1, p. 371-387.

MOUSSERON Pierre, « Les immunités familiales », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 291.

NEIRINCK Claire, « Le dispositif légal de protection de l'enfance maltraité : réflexions autour de la loi du 10 juillet 1989 », *Petites affiches*, 07 mars 1997, n° 29, p. 4-10.

NICOLAU Gilda, « Victimes d'infractions sexuelles, objets de désir ...mais sujets de droit », *Justice*, décembre 2004, n° 181, p. 9-11.

NIVOSE LUC-MICHEL, « Des atteintes aux moeurs et à la pudeur aux agressions sexuelles », *Droit pénal,* 1995, chron. n°27.

PAGEARD Robert, « L'exécution du parricide et la sensibilité française : Versailles, 1882 [exécution de Pierre Lantz] », *Droit et cultures, revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, 1992, n° 24, p. 160-166.

PATIN Maurice, « La légalité républicaine et la répression de l'infanticide », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1947, n°2, p. 185-187.

POMART-NOMDÉDÉO Cathy, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Droit de la famille*, septembre 2010, n° 9, Etude 20.

PORTELLI Serge, « Crimes et délits de famille : l'état du droit », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 75-99.

POUMAREDE Jacques, « Pavane pour une histoire du droit défunte. Sur un centenaire oublié, Procès », *Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1980, n° 6, p. 91-102.

RASSAT Michèle-Laure, « Inceste et droit pénal », *La semaine juridique*, 1974, I. Chron. 2614.

RESNICK Phillip J., « Murder of the newborn: a psychiatric review of neonaticide », *American Journal of Psychiatry*, 1970, vol. 126, n° 10, p. 1414–1420.

ROBERT A.- G., « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, p. 911-922.

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, « La sexualité dans le droit civil contemporain », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1985, vol. 34, p. 5 et s.

SALLES A., « A Albertville, une mère de famille reconnaît avoir tué ses trois enfants après ses accouchements », *Le Monde*, 25 août 2007, p.8.

SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1991, p. 697-716.

SELIGMAN Brenda Z., « The incest taboo as a social régulation », *The Sociological review*, janvier 1935, vol. 27, n° 1, p. 75-110.

SPITERI Pierre, « L'infraction formelle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1966, p. 497-520.

THOMAS Yan, « Parricidium, I, Le père, la famille, la cité (La lex Pompeia et le système des

poursuites publiques) », *Mélanges de l'Ecole française de Rome, Antiquité*, 1981, vol. 93, n° 2, p. 643–715.

VERON Michel, « Violences commises par l'ancien concubin de la victime », *Droit pénal*, juillet 2009, n° 7, p. 93.

VIEVILLE-MIRAVETTE Marie-France, « La circonstance aggravante d'"ex" en matière de violences au sein du couple », *Droit pénal*, février 2009, n° 2, étude 4.

VIRIOT-BARRIAL 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 sur les mineurs », *Recueil Dalloz*, 2006, Chron., p. 2350 et s.

VI. LEXIQUES, DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

AMAR Jacques, « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *Jurisclasseur pénal*, mars 2005, fasc. 20.

BERNARD G., « Infanticide », *Dictionnaire de sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004.

BRILLON Pierre-Jacques, *Dictionnaire civil et canonique, contenant les étimologies, définitions, divisions et principes du droit français conféré avec le droit romain, et de la pratique accommodée aux nouvelles ordonnances*, Augustin Besoigne et Jérôme Bobin, 1687.

BRILLON Pierre-Jacques, « Faits justificatifs », *Dictionnaire civil et canonique, contenant les étimologies, définitions, divisions et principes du droit français conféré avec le droit romain, et de la pratique accommodée aux nouvelles ordonnances*, Paris, Augustin Besoigne et Jérôme Bobin, 1687, p. 788.

CARPENTIER Adrien et FREREJOUAN du SAINT Georges-Marie-René, *Répertoire général alphabétique du droit français: contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1905, 36 tomes.

CNRS-Centre national de la recherche scientifique, ATILF- Analyse et traitement informatique de la langue française, et Université de lorraine, *TLFI-Trésor de la Langue Française Informatisé*, [en ligne]. Disponible : sur http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv4/showps.exe?p=combi.htm;java=no;

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 1998.

DALLOZ Marc, « Circonstances aggravantes », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2001, n°36, p.5.

FERRIERE Claude-Joseph de, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée,* Paris, Chez la Veuve Brunet, imprimeur-libraire, 1769.

GOUTTENOIRE Adeline et FULCHIRON Hugues, « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2012.

GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques 2013*, 20e édition, Paris, Dalloz, coll. « Lexiques », 2012.

GUYOT Joseph-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Chez Visse, 1784.

JEANDIDIER Wilfrid, « Vol », *Jurisclasseur pénal*, 2006, p. 17.

JEANDIDIER Wilfrid, « Art. 311-1 à 311-16 », *Jurisclasseur pénal code*, Fasc. 20.

LE POITTEVIN Gustave, *Dictionnaire des parquets et de la police judiciaire*, 6e édition, Paris, Rousseau et Cie, 1928, 4 tomes.

LEVASSEUR Georges, « Coups et blessures », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 1986.

LEVASSEUR Georges, « Infanticide », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale,* Dalloz, 1968.

LITTRE Paul-Emile, Dictionnaire de la langue française, Monte Carlo, éditions du Cap, 1968.

LOPEZ Gérard et TZITZIS Stamatios, *Dictionnaire de sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004.

MAYAUD Yves, « Meurtre », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2006.

NAZ Raoul, « *debitum conjugale* » *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, Librairie Letouzet et Ané, 1957.

RASSAT Michèle-Laure, « Agressions sexuelles », Art. 222-22 à 222-33-1, *Jurisclasseur pénal*, fasc. 20, 2002, p.11.

RASSAT Michèle-Laure, « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *Jurisclasseur pénal code*, fasc. 20, 2008, p. 2.

SUEUR, « Parricide », *La Grande Encyclopédie, inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, Paris, Société anonyme de la grande encyclopédie, 1886, tome 25, p. 1192.

THOMAS Yan, « Droit », *Dictionnaire des sciences historiques*, Paris, PUF-Presses universitaires de France, 1986, p. 205-212.

VALAT Jean-Paul, « Violences », Art. 222-7 à 222-16-3, *Jurisclasseur pénal code*, fasc. 10, 2005, p. 13.

« Couple », *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2015, p. 2044.

« Inceste », *Le petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 2012.

« Œdipe », *Le petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 2012.

VII. ARTICLES WEB

BOURGNEUF Cécile, *Jacqueline Sauvage en partie graciée mais toujours condamnée*, Libération [en ligne], Disponible sur : http://www.liberation.fr/france/2016/02/01/jacqueline-sauvage-en-partie-graciee-mais-toujours-condamnee_1430322

CHADRI Farida, *Alexandra Lange, l'acquittée de Douai: « Maintenant, je peux faire des projets »*, la Voix du Nord [en ligne], Disponible sur :

http://www.lavoixdunord.fr/region/alexandra-lange-l-acquittee-de-douai-maintenant-je-peux-faire-des-projets-jna16b0n357681

DURAND-SOUFFLAND Stéphane, *Infanticide de Berck : les jurés face à l'énigme Fabienne Kabou*, Le Figaro [en ligne], Disponible sur : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/06/23/01016-20160623ARTFIG00292-les-jures-face-a-l-enigme-fabienne-kabou.php.

La Voix du Nord*, Un projet de loi pour les femmes battues sans légitime défense*, La voix du Nord [en ligne], Disponible sur : http://www.lavoixdunord.fr/france-monde/un-projet-de-loi-pour-les-femmes-battues-sans-legitime-defense-ia0b0n3271767.

L'Express*, Véronique Courjault devant les assises*, L'Express [en ligne], Disponible sur : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/veronique-courjault-devant-les-assises_764998.html

Le Monde*, La demande de libération conditionnelle de Jacqueline Sauvage rejetée*, Le Monde [en ligne], Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/08/12/la-demande-de-liberation-conditionnelle-de-jacqueline-sauvage-rejetee_4981797_3224.html.

Le Monde*, L'amendement « anti-fessée » sorti de la loi famille*, Le Monde [en ligne], Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/05/19/l-amendement-anti-fessee-sorti-de-la-loi-famille_4421655_3224.html.

Le Point, *Fessée : la loi française pas « suffisamment claire », selon le Conseil de l'Europe*, Le Point [en ligne], Disponible sur : http://www.lepoint.fr/societe/fessee-la-france-viole-la-charte-sociale-europeenne-04-03-2015-1909870_23.php

Libération*, Véronique Courjault remise en liberté*, Libération [en ligne], Disponible sur : http://www.liberation.fr/societe/2010/05/18/veronique-courjault-remise-en-liberte_626756.

LOUIS Cyrille, *Le lourd secret de Véronique Courjault devant les assises*, Le Figaro [en ligne], Disponible sur : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2009/06/09/01016-20090609ARTFIG00003-le-lourd-secret-de-veronique-courjault-devant-les-assises-.php#.

PRADEL Jacques et MERITAN Charlotte, *L'affaire Jacqueline Sauvage*, RTL [en ligne], Disponible

sur : http://www.rtl.fr/actu/societe-faits-divers/l-affaire-jacqueline-sauvage-7780657924.

RTSinfo*, Bébés congelés: une Française devant les juges*, RTSinfo [en ligne], Disponible sur : http://www.rts.ch/info/monde/1044783-bebes-congeles-une-francaise-devant-les-juges.html.

TURSZ Anne, *Infanticide, dans le huit clos des familles*, Le Monde [en ligne], Disponible sur : http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/11/01/infanticides-dans-le-huis-clos-des-familles-par-anne-tursz_973480_3232.html.

TABLE DES MATIERES

Abréviations …… 8

Sommaire…….. 12

INTRODUCTION…… 14

PREMIERE PARTIE - LA PROTECTION DECLINANTE D'UNE MORALITE DESUETE ……. 28

TITRE 1 - L'EVOLUTION VERS LA CONVERSION : DU PARRICIDE AU MEURTRE AGGRAVE …… 30

CHAPITRE 1 - AUX ORIGINES D'UN CRIME SINGULIER…… 32

Section 1 – Un acte combattu …….. 33

I. Les législations antiques…….. 33

II. Les législations françaises de l'Ancien Droit jusqu'au Code de 1810 …….. 36

Section 2 – Un acte d'une détermination complexe …… 38

I. Le parricide : une infraction autonome …… 38

A. Une infraction *sui generis*... …….. 38

B. La répression spécifique étendue au complice. …….. 39

II. Le parricide : une infraction de droit commun incluant des éléments constitutifs *ad hoc*…….. 41

A. La nécessaire caractérisation d'une double intention…… 43

1. L'introduction d'un élément déterminant pour le parricide : l'animus necandi …… 43

2. L'élément intentionnel spécifique au parricide : « la connaissance par l'auteur du lien de filiation l'unissant à sa victime » …… 45

B. L'indispensable caractérisation de la filiation …… 47

CHAPITRE 2 - LA FIN PREVISIBLE D'UN CRIME MARQUE PAR DES VALEURS SURANNEES …… 50

Section 1 : L'étiolement répressif du parricide …… 52

I. L'atténuation d'un crime inexcusable …….. 52

A. Les circonstances atténuantes et les causes d'excuse …….. 53

1. Les circonstances atténuantes. ……. 53

2. Les excuses légales autres que la provocation…… 56

B. Les causes d'irresponsabilité. ……. 58

1. Les causes de non imputabilité…….. 58

2. Les faits justificatifs……. 60

II. Une peine constamment réduite …… 62

A. Une peine réduite par les jurés…… 62

B. Une peine réduite par le législateur…… 63

Section 2 - La naissance d'une circonstance aggravante de l'homicide volontaire .. 66

I. Le résultat d'un consensus parlementaire…… 66

II. Les effets de la transformation du parricide en meurtre aggravé…… 68

A. Une nouvelle protection par l'aggravation ……. 69

B. Le sort de la répression du complice …….. 70

TITRE 2 - L'EVOLUTION VERS L'ABROGATION……. 72

CHAPITRE 1 - LA DISPARITION DE L'INFANTICIDE ……. 74

Section 1 – L'évolution inconstante de l'infanticide …… 77

I. Du droit romain au droit intermédiaire …… 77

A. L'infanticide sous l'Antiquité…… 78

1. L'infanticide face à la patria potestas ……. 78

2. L'influence de la législation canonique…… 79

B. L'infanticide sous l'Ancien Droit ou la sanction de la privation du Baptême …… 80

II. L'infanticide depuis le Code pénal de 1810 : une réponse difficile à la clémence des jurés……. 83

A. Le Code pénal de 1810 …… 83

B. Les lois ultérieures ……. 84

Section 2 – Une infraction équivoque distincte de l'homicide 88

I. Un régime juridique révélant une certaine sévérité 88

A. L'infanticide : une infraction strictement définie..... 88

1. Des éléments empruntés au meurtre..... 89

2. Les éléments spécifiques de l'infanticide..... 91

B. L'infanticide : une infraction autonome..... 99

II. D'un régime répressif bienveillant à l'abrogation..... 101

A. Le paradoxe de la répression..... 101

1. L'absence de limitation quant aux personnes visées par l'infraction..... 102

2. L'excuse de maternité : une clémence controversée..... 104

B. L'abandon de l'infanticide dans le Code pénal de 1992..... 106

1. Les motivations discutables de l'abandon de l'infanticide au profit de l'aggravation du meurtre 106

2. Réflexions sur la répression actuelle du « néonaticide » 108

CHAPITRE 2 - DE L'ABROGATION DU VOL DE DOMESTIQUE A LA REPRESSION DU « VOL DOMESTIQUE » 111

Section 1 – L'attachement à la protection de l'intimité domestique 115

I. La répression du « domestique » auteur de vol 115

A. Les origines antiques du vol de domestique..... 115

B. Le vol de domestique dans l'ancien Code pénal : une notion étendue..... 119

1. L'extension de l'aggravation au vol commis par des individus autres que les domestiques..... 120

2. L'extension de l'aggravation à l'abus de confiance 123

II. La protection de la propriété domestique 125

A. La protection du maître de maison. 126

B. La protection des biens familiaux..... 128

Section 2 – L'attachement au pragmatisme domestique 136

I. L'abrogation d'une infraction devenue surannée..... 136

II. La remise en cause d'une immunité ancienne par les évolutions sociétales ... 137

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE..... 140

SECONDE PARTIE - UNE PROTECTION CROISSANTE DE LA SITUATION DE FAIBLESSE DANS LE DOMICILE…… 142

TITRE 1 - UNE PROTECTION DU FAIT DE L'ÂGE DE LA VICTIME…….. 144

CHAPITRE 1 - D'UNE ENFANCE IGNOREE A UNE ENFANCE CONSACREE ……. 146

Section 1 – Une protection marquée par une évolution législative constante….. 146

I. Une œuvre initiée par des mesures de santé publique et ayant trait aux bonnes mœurs …… 147

II. Une œuvre protectrice débutant par loi du 13 avril 1954 …….. 151

A. Une nouvelle organisation législative et sociale …….. 151

B. Une nouvelle réflexion menée par le Code pénal de 1992 ……. 155

Section 2 – Une protection marquée par le lien domestique…….. 156

I. Des circonstances aggravantes personnelles ……. 157

A. Le mouvement législatif…….. 158

B. Le mouvement jurisprudentiel…… 159

1. L'auteur au domicile de la victime…….. 160

2. La victime au domicile de l'auteur ……. 162

II. Des circonstances aggravantes incohérentes …… 163

A. L'aggravation des violences…….. 164

B. L'aggravation des infractions à caractère sexuel ……. 165

CHAPITRE 2 -LA REPRESSION DES ACTES COMMIS SUR MINEURS ……. 168

Section 1 – Les atteintes portées aux mineurs par commission …… 169

I. La répression des actes de « violences volontaires » ……. 170

A. Des coups et blessures aux violences volontaires aggravées …… 170

1. Le régime complexe de l'article 312 du Code pénal de 1810……. 170

2. Les violences aggravées par le Code pénal de 1992……. 174

B. Le droit de correction parentale …… 180

II. La répression des abus sexuels commis contre les enfants …… 188
A. Vers une répression renforcée des actes sexuels commis sur les mineurs .. 190
1. L'Ancien Droit : du strupum violentum *au viol* …….. 191
2. Du Code pénal de 1810 à l'état actuel de la législation …….. 195
a. Les infractions sexuelles emportant un contact physique avec la victime …… 198
b. De l'excitation à la débauche à la corruption de mineur…….. 214
B. Le devenir des « violence, contrainte, menace ou surprise » ou l'autonomie d'une répression …….. 220
1. La conciliation des « violence, contrainte, menace ou surprise » avec le jeune âge de la victime …….. 220
2. L'intégration de la notion « d'inceste » dans le Code pénal …….. 227

Section 2 - Les atteintes portées aux mineurs par omission ……. 242
I. La répression d'une abstention dans le cadre domestique …… 242
A. Une première tentative avortée …….. 243
B. Une infraction délibérément domestique …… 245
II. Les enjeux de la réforme de 1992 …….. 247
A. Un régime juridique spécifique révélateur d'une protection accrue des victimes …… 247
B. Une répression encore imparfaite …… 251

TITRE 2 - UNE PROTECTION DE LA VICTIME DANS SON MILIEU CONJUGAL…….. 253

CHAPITRE 1 - LA PRISE EN COMPTE DU LIEN DE CONJUGALITE DANS LES ACTES INFRACTIONNELS …… 257

Section 1 - Une réforme portant sur l'aggravation …… 259
I. Une inégalité juridique des sexes emportant une inégalité de traitement des victimes …… 260
A. La puissance maritale …….. 260
B. L'adultère …… 264
II. L'apparition d'une nouvelle circonstance aggravante ……. 269

Section 2 - Une réforme portant sur les textes d'incrimination…… 282
I. Le nouveau régime du meurtre ou l'excuse inversée ……. 282
A. L'indulgence législative en faveur du mari bafoué …… 283
B. L'indulgence jurisprudentielle en faveur de l'épouse en état de nécessité .. 286
II. Des violences psychologiques au harcèlement …… 288
A. L'avènement des violences psychologiques …… 288
B. La création d'une infraction spécifique : le harcèlement moral au sein du couple ……. 289

CHAPITRE 2 - L'INGERENCE DU LEGISLATEUR ET DU JUGE DANS L'APPRECIATION DES RELATIONS SEXUELLES ENTRE EPOUX …… 294

Section 1 - Les rapports sexuels à l'origine de la dissolution du mariage …… 297
I. D'un Code civil volontairement circonspect à une jurisprudence introspective.. 297
A. Le droit évolutif du divorce et de la séparation de corps entre la Révolution française et la Première Guerre mondiale …… 298
B. Les causes déterminées de divorce : les excès, sévices et injures graves …… 301
II. L'appréciation de la sexualité du couple à l'occasion des procédures de divorce et d'annulation du mariage …… 303
A. Refus et l'impossibilité d'accomplir le devoir conjugal …… 304
1. Refus d'accomplir le devoir conjugal ……. 304
2. L'impossibilité physique d'accomplir le devoir conjugal ……. 305
B. Les unions charnelles contre nature ……. 307
1. Une appréciation religieuse et morale. ……. 307
2. Une appréciation jurisprudentielle ……. 310

Section 2 - Les rapports sexuels à l'origine de sanctions pénales …… 312
I. La difficile qualification des actes sexuels imposés par le mari …….. 313
II. La reconnaissance tardive du viol entre époux …….. 316
A. Le viol entre époux en droit interne ……. 316
1. L'incrimination de viol par la loi du 23 décembre 1980 ……. 317
2. « Le viol entre époux » de la loi du 4 avril 2006 et de la loi 9 juillet 2010 …… 321

B. Le viol entre époux en droit européen des droits de l'Homme …… 324

1. La position de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt du 22 novembre 1995 CR et SW, c/ Royaume-Uni …….. 325

2. La notion d'autonomie personnelle à travers l'arrêt KA et AD contre Belgique du 17 février 2005 …….. 326

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE …… 332

CONCLUSION GENERALE DE LA THESE…… 334

BIBLIOGRAPHIE …… 339