
La famille et le droit pénal (Annales 2003)

La famille a pu être considérée comme la « pépinière de l'Etat » : la formule signale que le cercle familial est un lieu privilégié de socialisation et de sa cohésion dépend en partie la stabilité sociale à venir. De là l'intérêt naturel que porte le droit pénal, gardien de l'intérêt général, à la famille.

La famille consiste dans un groupe de personnes reliées entre elles par des liens fondés traditionnellement sur le mariage et la filiation. Il s'agit d'une réalité à la fois sociologique, économique et juridique qui a connu de forts bouleversements au cours de l'histoire. D'abord, on observe un phénomène général de rétrécissement de la famille, qui s'est traduit par un dépérissement du lignage au profit du foyer. Ainsi, à Rome, le *paterfamilias* disposait à l'origine d'une autorité sur l'ensemble de sa *gens*. Ensuite, les familles se composent et recomposent aujourd'hui selon de nouveaux schémas, comme en témoigne la loi du 15 novembre 1999 sur le concubinage et le PACS. Enfin, on observe un relâchement de la hiérarchie familiale au profit d'une conception plus individualiste, soucieuse de garantir l'autonomie de chaque individu au sein de la famille. Ces évolutions ont été enregistrées par le droit civil naturellement, auquel se rattache principalement le droit de la famille, mais aussi le droit pénal. Ainsi, la famille n'est plus le lieu privilégié d'exercice des pouvoirs de sanction, en raison de l'avènement de la justice publique, et seul un pouvoir limité de correction des parents sur leurs enfants survit de façon coutumière. Quant à la responsabilité familiale, qui provoquait l'affrontement clan contre clan dans le cycle de la vengeance privée, elle apparaît aujourd'hui comme un archaïsme qui a jeté ses derniers feux avec la loi des suspects d'octobre 1793. C'est désormais le principe de responsabilité individuelle qui prévaut. Au terme de ces évolutions, la famille demeure essentiellement l'objet d'une protection du droit pénal, car le respect des prérogatives familiales et la garantie de la cohésion familiale importent, aujourd'hui comme hier, à l'intérêt général.

Cependant cette protection de la famille par le droit pénal emprunte des voies différentes selon les intérêts en jeu. En effet, lorsqu'une infraction porte atteinte à une valeur essentielle comme c'est le cas des infractions contre les personnes, le droit pénal s'immisce dans la sphère familiale afin de rappeler les interdits fondamentaux qui fondent tant la vie familiale que sociale. La famille est alors le cadre particulier de l'infraction. En revanche, lorsque la valeur sociale lésée paraît moins importante que la protection de la cohésion familiale, le droit pénal refuse de s'immiscer dans la sphère familiale et le lien familial devient source d'impunité : tel est le cas en matière d'atteintes aux biens ou aux intérêts de la Nation, pour lesquelles des immunités familiales permettent de neutraliser ponctuellement la répression. Les deux méthodes ne sont pas contradictoires car il s'agit dans l'un et l'autre cas de protéger la famille, tantôt en s'immisçant dans la sphère familiale, tantôt en campant dans une position de retrait qui préserve les secrets de famille.

Cette dialectique se retrouve si l'on considère l'impact du lien familial sur les incriminations pénales (I) et la répression pénale (II).

I - L'impact du lien familial sur les incriminations pénales

En cas d'atteintes à des valeurs hautement protégées, comme c'est le cas des infractions contre les personnes qui figurent au sommet de la hiérarchie du nouveau Code pénal, le droit pénal intervient dans la sphère familiale qui devient alors le cadre spécifique de l'incrimination. Si l'on excepte la substitution, la simulation et la dissimulation d'enfant (Article 227-13), qui ont surtout pour objectif de protéger l'état civil de l'enfant, le Code pénal incrimine ainsi essentiellement les atteintes aux prérogatives familiales (A) et les atteintes à la cohésion familiale (B).

A - L'incrimination des atteintes aux prérogatives familiales

Les atteintes aux prérogatives familiales sont regroupées dans le Chapitre VII du Titre II du Code pénal, intitulé « des atteintes aux mineurs et à la famille ». Le droit pénal, droit sanctionnateur, vient garantir l'effectivité des règles de droit civil relatives notamment à l'autorité parentale et aux conséquences du divorce. Les principales incriminations sont la non représentation de mineur et le délaissement de mineur de quinze ans, les hypothèses variées d'abandon, enfin les divers types de provocation du mineur à commettre des infractions, ces deux dernières catégories ayant fait l'objet d'une intensification récente du maillage pénal.

La non représentation de mineur, prévue à l'article 227-5 du Code pénal, incrimine « le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer », qui « est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». Cet article a pour but d'assurer par une sanction pénale l'exécution des mesures judiciaires ordonnées au sujet de la garde des enfants mineurs. Ce délit, qui exige une dissimulation effective du mineur et la preuve d'une intention délictuelle, ne s'applique que dans le cas particulier où il a été statué sur la garde de ce mineur par une décision de justice. Quant au délaissement de mineur de quinze ans (Articles 227-1 et 227-2), il consiste dans le fait de se soustraire à l'obligation de prendre soin de ses enfants, que cette démission des parents ait eu ou non une conséquence sur l'intégrité physique du mineur.

Dans la catégorie composite des abandons figure d'abord l'abandon de famille. L'article 227-3 punit de deux ans d'emprisonnement et de 15000 € d'amende « le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, légitime, naturel ou adoptif, d'un descendant, d'un ascendant ou d'un conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature due en raison de l'une des obligations familiales » prévues par le Code civil. Cette incrimination suppose qu'il existe à la base de la poursuite correctionnelle une décision de justice civile déterminant le contenu et la portée de l'obligation de famille mise la charge du prévenu. En l'absence d'une exécution spontanée, les devoirs de solidarité familiale, et leurs corollaires pécuniaires, font l'objet d'une protection pénale. Ensuite, le Code pénal incrimine également l'abandon d'enfant (Article 227-12). C'est sur ce terrain que l'on trouve la sanction pénale de la maternité de substitution : non seulement une convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance est nulle d'une nullité absolue en raison de l'illicéité de son objet (AP 31 mai 1991), mais elle entre dans les prévisions de l'article 227-12. Enfin, ici comme ailleurs l'inflation législative fait sentir ses effets : l'abandon scolaire d'enfant a été créé par une loi du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire. Cette nouvelle incrimination, qui figure aux articles 227-17-1 et 227-17-2 sanctionne le fait pour les parents de ne pas inscrire leurs enfants, sans excuse valable, dans un établissement d'enseignement. Cette loi témoigne de la sollicitude du législateur contemporain à l'égard de l'enfant victime, mais elle constitue aussi un dispositif contre les sectes qui embrigadent des enfants en les soustrayant au système scolaire, dispositif qui a été complété par la loi du 12 juin 2001.

S'agissant des incriminations de provocation d'un mineur à commettre une infraction, elles ont été renforcées par l'importante loi du 17 juin 1998. Ces incriminations figurent aux articles 227-18 à 227-22 du Code pénal : l'objectif est de lutter contre une délinquance juvénile en extension qui est parfois encouragée par le milieu familial et tend à développer des faits délictueux dans l'enceinte même des établissements d'enseignement, par exemple le commerce de stupéfiants.

On voit donc que le droit pénal sanctionne les manquements aux prérogatives familiales et que cet encadrement pénal a été intensifié. Un phénomène identique se retrouve si l'on considère les plus graves infractions qui menacent la cohésion familiale.

B - L'incrimination des atteintes à la cohésion familiale

La cellule familiale est menacée d'éclatement en cas d'atteintes sexuelles ou d'atteintes à la vie au sein de la famille. C'est pourquoi le droit pénal intervient depuis toujours de façon énergique afin de rappeler les interdits fondamentaux qui sont souvent autant de fondements anthropologiques de la famille. Qu'il s'agisse d'inceste, de parricide ou d'infanticide, ce sont les interdits de la « horde primitive », selon l'expression de Freud, que l'on retrouve ici. Cela recouvre à la fois les atteintes sexuelles et les atteintes à la vie au sein de la famille.

S'agissant des atteintes sexuelles au sein de la famille, il faut d'abord souligner que l'existence d'un lien familial constitue dans plusieurs hypothèses une circonstance aggravante. Ainsi, l'inceste peut selon la matérialité des faits tomber sous le coup des incriminations d'agression sexuelle (article 222-28), d'atteinte sexuelle sans violence (227-26) ou de viol. Dans cette dernière hypothèse, l'article 222-24-4° dispose que le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime. Cependant l'effectivité de telles dispositions est parfois entravée par la loi du silence qui règne dans les familles et qui empêche la découverte des infractions. Aussi le droit pénal organise-t-il la réouverture du délai de prescription de l'action publique à la majorité de la victime mineure : loi du 17 juin 1998 a d'ailleurs élargi ce système puisque cette réouverture du délai de prescription vaut désormais que l'infraction ait été commise par un membre de la famille ou par un tiers. Les chances de déclenchement de l'action publique sont par ailleurs multipliées par les devoirs d'alerte qui incombent aux médecins en cas de maltraitance et une loi du 6 mars 2000 est venue compléter le dispositif en renforçant le rôle de l'école dans la découverte des infractions sur mineurs.

Par ailleurs, les infractions sexuelles au sein de la famille peuvent aussi concerner les rapports des conjoints, comme en témoigne l'admission du viol entre époux. Ce dernier a longtemps été impensable juridiquement. En effet, le Code pénal de 1810 ne définissait pas le viol, mais doctrine et jurisprudence en avaient dessiné les contours : or, un auteur comme Emile Garçon définissait le viol comme le « coït illicite auquel la femme ne consent point », ce qui excluait le viol entre époux puisque le coït y apparaissait licite. Ainsi le viol protégeait-il pendant longtemps non pas la liberté individuelle mais une certaine conception de l'institution matrimoniale : le viol concernait avant tout les relations extraconjugales. Or la loi du 23 décembre 1980 a donné pour la première fois une définition légale du viol qui est plus compréhensive et permet d'inclure le viol entre époux. En effet, selon cette définition reprise dans le Code de 1994 à l'article 222-23, le viol correspond à « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ». Aussi la jurisprudence a-t-elle fini par reconnaître le viol entre époux, d'abord dans un arrêt de 1990 dont les faits ne se réduisaient pas à un viol en raison de l'extrême cruauté du mari en l'espèce (Crim 5 septembre 1990) puis dans un arrêt de 1992 (Crim 11 juin 1992) qui a levé toute ambiguïté sur la question. L'incrimination de viol assure la défense de la liberté de chacun et la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire. Cette solution a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme qui y voit la conséquence logique d'une conception civilisée du mariage (CEDH 22 novembre 1995).

Enfin, il convient de souligner que l'incrimination de harcèlement sexuel créée en 1994 et renforcée en 1998 a un potentiel d'extension au sein de la famille. Cette qualification, prévue à l'article 222-33 du Code pénal, vise un abus d'autorité qui a été envisagé *a priori* dans les rapports de travail. Cependant, l'incrimination n'exige pas de subordination hiérarchique, et des collègues peuvent fort bien être mariés. Du reste, et par analogie, on a pu voir des divorces prononcés pour harcèlement moral avant même que l'incrimination de harcèlement moral ne soit consacrée officiellement par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (Agen 13 mai 2001). C'est assez dire que les incriminations pénales peuvent être instrumentalisées dans les divorces qui s'enveniment, du moins tant que le divorce pour faute conservera une place importante.

S'agissant des atteintes à la vie au sein de la famille, le lien familial peut aussi être constitutif de circonstances aggravantes, comme en témoigne le meurtre aggravé de l'article 221-4-2°, lorsque l'homicide est commis sur un ascendant. On peut d'ailleurs souligner l'histoire mouvementée de l'infanticide : il s'agissait autrefois d'une infraction spécifique, d'un crime, correctionnalisé, puis recriminalisé, avant que l'on choisisse de qualifier l'infanticide sur le terrain du meurtre aggravé.

L'arsenal répressif est donc assez fourni pour permettre au droit pénal de protéger les prérogatives et la cohésion familiales. Qu'il s'agisse de la technique érigeant le lien familial en circonstance aggravante ou de la création d'infractions spécifiques, renforcées par le législateur contemporain, le droit pénal affirme les valeurs essentielles qui assurent la stabilité familiale et, à travers elle, la stabilité sociale. Cependant, ces objectifs peuvent parfois être mieux servis par une attitude de retrait du droit pénal qui refuse de s'immiscer dans la sphère familiale afin de la préserver. C'est ce que l'on peut observer si l'on considère l'impact du lien familial sur la répression pénale.

II - L'impact du lien familial sur la répression pénale

L'impact du lien familial sur la répression pénale peut avoir une intensité variable. Dans certaines hypothèses, le droit pénal refuse de poursuivre les infractions commises afin de ménager la paix des familles : la cohésion familiale conduit à paralyser la répression (A), car cette valeur est considérée comme supérieure aux atteintes aux biens ou aux intérêts de la Nation qui ont pu être lésés. Dans d'autres cas, l'impact du lien familial est moins fort, mais il peut toutefois justifier un aménagement de la répression (B).

A - La répression paralysée

De façon traditionnelle, les immunités familiales permettent de tenir compte d'un lien de famille pour neutraliser plus ou moins amplement la répression pénale. Toutefois ce facteur d'impunité a connu de sensibles évolutions au cours de l'histoire, qu'il s'agisse du domaine ou de la portée des immunités.

Si l'on considère le domaine des immunités familiales, deux évolutions principales méritent d'être relevées. D'une part, on observe une tendance à la restriction du lien familial : le droit pénal enregistre les mêmes évolutions que le droit civil, c'est-à-dire que la famille se conçoit non plus comme une parentèle étendue mais comme une famille nucléaire et resserée. Cela dit la définition du lien familial varie selon qu'il s'agit d'infractions contre les biens ou d'infractions contre la Nation. Le lien familial est défini plus largement pour les secondes que pour les premières. Il n'est qu'à comparer la rédaction de l'article 311-12 - « Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : au préjudice de son ascendant ou descendant, au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément » - avec celle de l'article 434-1 alinéa 2 : tandis que le vol entre collatéraux n'est pas immunisé, la non-dénonciation de crime ou de délit est immunisée au profit des frères et sœurs et leurs conjoints, mais aussi de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'auteur. Cette définition libérale en matière d'infractions à la Nation doit depuis la loi du 15 novembre 1999 être étendue au PACS.

D'autre part, on peut relever une seconde tendance relative à l'extension du nombre des infractions immunisées. En effet, en matière d'appropriations frauduleuses, l'ancien article 380 du Code pénal ne concernait que le vol, à l'exclusion des autres appropriations frauduleuses. Le Nouveau Code pénal, suivant en cela un mouvement initié par la jurisprudence, a promu un régime uniforme des immunités familiales pour toutes les appropriations frauduleuses. Ainsi l'article 314-4 pour l'abus de confiance et l'article 313-3 alinéa 2 pour l'escroquerie opèrent-ils par renvoi à l'article 311-12 qui détermine les immunités en matière de vol. De la même manière, sur le terrain des infractions à la Nation, la liste des infractions immunisées s'est allongée. Les deux

infractions classiquement immunisées étaient le recel de malfaiteur (Article 434-6 alinéa 2) et la non dénonciation de crime ou délit (Article 434-1 alinéa 2). On peut aujourd'hui y ajouter le délit d'aide aux étrangers en situation irrégulière, issu de la loi du 27 décembre 1994 et incriminé à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. En effet, une loi de 1996 est venue instituer des immunités familiales au profit des proches, y compris des collatéraux et concubins, afin de tenir compte d'une jurisprudence libérale qui avait multiplié les relaxes au bénéfice de ces personnes entre 1994 et 1996. On comprend du reste que les intérêts de la répression cèdent ici devant le devoir de solidarité familiale.

Si l'on considère la portée des immunités familiales, des distinctions s'imposent également, selon un mode de raisonnement assez proche de celui qui prévaut sur le terrain des causes d'irresponsabilité. Il convient en effet de faire le départ entre les immunités irrecevabilité qui opèrent *in personam* et les immunités irresponsabilité qui opèrent *in rem*, c'est-à-dire dans l'ensemble de la cause. Les premières ne bénéficient qu'à l'auteur qui peut attester d'un lien familial, à l'exclusion du complice. C'est le cas notamment des immunités en matière d'appropriations frauduleuses, comme en témoigne la rédaction stricte de l'article 311-12. Les secondes ont un effet plus radical car elles profitent à l'auteur mais aussi au complice. Tel est le cas en matière de recel de malfaiteur (A. 434-6 alinéa 2) et de non dénonciation de crime ou délit (A. 434-1 alinéa 2).

On voit donc que la paralysie de la répression est modulée selon les conflits d'intérêts en cause. C'est une même recherche d'équilibre entre intérêt familial et intérêt de la répression qui est à l'œuvre lorsqu'il s'agit non plus de paralyser mais d'aménager la répression en fonction du lien familial.

B - La répression aménagée

La prise en compte du lien familial dans le cadre de l'individualisation de la peine est un phénomène classique, mais la question s'est aiguisée récemment en raison de plusieurs réformes ou projets de réforme, qu'il s'agisse de la surveillance électronique ou du débat relatif à la peine complémentaire d'interdiction de territoire fulminée contre les délinquants étrangers, encore appelé par certaines associations « double peine ».

Au regard des aspects traditionnels de l'aménagement de la répression, on peut d'abord rappeler que les articles 131-26 à 131-29 permettent dans certaines hypothèses d'assortir la répression d'une interdiction des droits civiques, civils et de famille. Ensuite, l'existence de liens familiaux peut motiver un fractionnement de la peine. En effet, l'article 132-27 du Code pénal dispose qu'« en matière correctionnelle, la juridiction peut, pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social, décider que l'emprisonnement prononcé pour une durée d'un an au plus sera, pendant une période n'excédant pas trois ans, exécuté par fractions, aucune d'entre elles ne pouvant être inférieure à deux jours ». L'article 132-28 étend la même solution de fractionnement pour les amendes. Enfin, en tout état de cause, les liens familiaux figurent dans le dossier de personnalité établi conformément à l'article 81 du CPP et les pouvoirs d'individualisation de la sanction conférés au juge par l'article 132-24 du Code pénal lui permettent d'en tenir compte, notamment pour le sursis ou la libération conditionnelle. Le lien familial peut en effet, sous certaines conditions, constituer un gage de resocialisation.

Deux aspects de l'aménagement de la répression en fonction du lien familial revêtent toutefois un intérêt plus aigu au regard de l'actualité législative. D'une part, la surveillance électronique a été instituée progressivement en droit positif, par les lois des 19 décembre 1997 et 15 juin 2000, les décrets d'application n'ayant été publiés que le 3 avril 2002. Cette nouvelle modalité d'exécution de la peine permet au condamné, juridiquement en prison, de purger sa peine à domicile. Cette mesure de placement sous surveillance électronique peut être décidée par le juge de l'application des peines en faveur d'individus condamnés à une peine d'un an au maximum, ou en faveur d'individus plus lourdement condamnés, mais dont le reliquat de peine à purger ne dépasse pas un an (Articles 723-7 et s. du Code de procédure pénale). La solution du bracelet électronique permet au condamné de conserver une vie de famille, mais elle a parfois été

critiquée, d'aucuns faisant valoir que la surveillance impliquait toute la famille et rééditait ainsi insidieusement la formule archaïque de la responsabilité familiale.

Le débat n'est pas moins vif si l'on examine la peine complémentaire d'interdiction du territoire prévue à l'article 131-30 du Code pénal. En effet, cette peine complémentaire applicable aux étrangers qui commettent des infractions en France est combattue par de nombreuses associations qui font valoir que cette « double peine » heurte certains droits fondamentaux du condamné, et notamment le droit de mener une vie familiale normale. En l'état actuel du droit positif, la jurisprudence considère qu'une fois respectée l'obligation de motivation spéciale prévue dans certains cas par l'article 21 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas d'obstacle à l'interdiction du territoire car l'article 8-2 prévoit une dérogation fondée sur la prévention des infractions pénales et la protection de la santé et de la morale publique. Cette peine complémentaire fait toutefois l'objet d'un projet de réforme qui est en cours d'examen à l'été 2003 et qui vise à restreindre les cas d'interdiction du territoire. Hormis pour les actes de terrorisme, les atteintes aux intérêts de l'Etat et la provocation à la haine raciale, le projet institue quatre catégories d'étrangers protégés de ce bannissement, dont deux tiennent compte expressément des liens familiaux tissés en France : ceux nés ou entrés en France avant 13 ans ; ceux résidant régulièrement en France depuis plus de vingt ans ; ceux résidant régulièrement en France depuis plus de dix ans et mariés depuis trois ans à un Français ou à un étranger qui a passé toute son enfance en France ; les parents d'enfants français. Cette réforme de la double peine serait incontestablement plus libérale si l'on considère par exemple le trafic de stupéfiant qui ne justifierait plus en soi l'interdiction de territoire.

Le droit pénal protège la famille car c'est une cellule de base de la vie en société et sa cohésion garantit un minimum de paix sociale. Cette protection passe tantôt par l'immixtion dans la sphère familiale afin de rappeler les valeurs essentielles qui ont été bafouées, tantôt par un refus d'immixtion lorsque la paix des familles prime la défense des intérêts lésés, comme en matière d'atteintes aux biens ou à la Nation. En tout état de cause, le droit pénal reflète autant que le droit civil les évolutions qui ont marqué la famille. Ces évolutions ont parfois été analysées sous le signe d'une crise, l'institution familiale ne parvenant plus à assurer ses fonctions de socialisation et d'éducation des enfants. De fait, le droit pénal enregistre un tel infléchissement en matière de délinquance juvénile puisque la loi Perben du 9 septembre 2002 a brandi de nouveau la menace d'une sanction des parents du fait des agissements délictueux de leurs enfants, en réactivant le système déjà ancien, et largement inopérant, de suppression des allocations familiales à l'encontre des parents qui n'assument plus leurs fonctions éducatives.