

INSTITUT DE RECHERCHE SUR LES SOCIETES CONTEMPORAINES

GROUPE DE RECHERCHE ET D'ANALYSE DU SOCIAL ET DE LA SOCIABILITE

LA REPRESSION DES VIOLENCES INTRA-FAMILIALES : EVOLUTION ET SPECIFICITE

TOME I : LES ABUS SEXUELS

Christiane BONNEMAIN

1991

CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Paris, le 13 AVR. 1992

**Secrétariat du Conseil
de la Recherche**

7, rue Scribe 75 009 Paris

Tél. (1) 44 77 60 60
Télécopie (1) 44 77 66 50

PL/MAB

- - 9 2 0 3 9 3



Monsieur,

Pourriez-vous nous faire parvenir un exemplaire des rapports suivants pour notre bureau de documentation :

→ - Répression des violences intrafamiliales - Evolution et spécificité - les abus sexuels.

T.1 184 p. Christine BONNEMAIN

✕ - Les accouchements des hôpitaux de l'Assistance Publiques de Paris.
278 p. Nadine LEFAUCHEUR

✓ - La situation des familles monoparentales en France
30 p. Nadine LEFAUCHEUR

En vous remerciant, je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de ma considération distinguée.

Pierre LENOEL

**DOCUMENTATION GRASS
IRESCO
59, 61, rue Ponchet
75849 PARIS CEDEX 17**

INSTITUT DE RECHERCHE SUR LES SOCIETES CONTEMPORAINES

GROUPE DE RECHERCHE ET D'ANALYSE DU SOCIAL ET DE LA SOCIABILITE

LA REPRESSION DES VIOLENCES INTRA-FAMILIALES : EVOLUTION ET SPECIFICITE

TOME I : LES ABUS SEXUELS

Christiane BONNEMAIN

1991

CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

L'ABUS SEXUEL, UNE FORME DE VIOLENCE PARMIS D'AUTRES.

Toute atteinte sexuelle est un mauvais traitement (Société française de criminologie, congrès de Lille, 1981).

Pourtant, le rapport Peyrefitte sur la violence, paru en 1977, ne parle pas, dans ses 730 pages, des violences sexuelles et en 1985, dans un dossier de textes législatifs remis à des policiers stagiaires d'une session de recyclage sur les enfants maltraités, on trouve tous les articles du code concernant l'infanticide, les coups et blessures à enfants, l'abandon... mais pas un mot sur les attentats aux mœurs sur mineurs. Ces deux "lacunes" montrent bien que les violences sexuelles étaient, il y a peu de temps encore, difficilement assimilées aux autres violences. Le code pénal lui-même, en parlant "d'attentat aux mœurs" met plus l'accent sur l'atteinte aux mœurs que sur l'atteinte à la personne physique.

Pourtant, les abus sexuels constituent bien une forme de mauvais traitement, de violence. Dans les sévices, la place du sexuel est souvent importante, la frontière entre le sexuel et le non-sexuel est incertaine : ainsi, dans une même famille, il arrive que les filles soient violées et les garçons victimes de coups. Quant à la femme battue, elle doit fréquemment subir, après les coups, des rapports sexuels imposés. *"Les sévices révèlent l'état d'esprit des auteurs qui, par la violence -sexuelle ou non - exercent leur puissance et affirment leur droit de propriété sur la famille"(1).*

(1) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, Qualifié viol, Genève, 1990, note p.160.

C'est vers le milieu des années 1980 que l'intérêt s'est porté sur les abus sexuels dans la famille : sur le viol par inceste dans le cadre plus général des abus sexuels envers les enfants; sur le viol marital comme étant une forme de violence conjugale;

Le rôle des associations féministes qui, dans le prolongement des luttes menées dans les années 1970 contre le viol, dénonçaient toutes les formes d'abus a été déterminant.

En 1985, est créé le Collectif féministe contre le viol regroupant le mouvement français pour le planning familial, la fédération SOS Femmes Solidarité et le mouvement Jeunes Femmes. Son objectif : briser le silence entourant le viol sous toutes ses formes. Le 8 Mars 1986, il ouvre une permanence téléphonique à Paris (Viols, Femmes, Informations), d'autres collectifs feront de même en province. Il organise aussi des groupes de parole permettant aux femmes victimes de viol de se rencontrer dont un groupe "viols par inceste" en 1986/87 et produit un film intitulé "l'inceste, la conspiration des oreilles bouchées" où des femmes ayant appelé la permanence téléphonique racontent ce qui est intervenu dans leur enfance. Projeté pour la première fois en Septembre 1988, le jour de la campagne nationale contre les abus sexuels, il vise à dénoncer la réalité de l'inceste dans ses aspects les plus ordinaires, à briser le silence. D'autres organismes se créent : "éducation sans violence" à Bordeaux, "échanger autrement" à Caen, "SOS inceste" à Grenoble, etc...

Outre l'influence du mouvement associatif, l'intérêt croissant porté aux violences sexuelles et particulièrement à l'inceste peut résulter de divers facteurs sociaux (1) : l'accroissement du contrôle social sur la vie des familles, entre autres par le biais des équipements collectifs mis en place, et

(1) F.Glowacz, Cahiers critiques de thérapie familiale n°10, 1989, p.21.

de ce fait par la multiplication des intervenants; l'évolution de la conception de la puissance parentale en faveur de la reconnaissance de l'enfant comme sujet à part entière. A travers cette revalorisation du statut de l'enfant s'inscrivent la recherche et l'identification de toutes les formes de maltraitance pouvant lui survenir.

Des émissions de télévision grand public sur le viol par inceste, les enfants maltraités, les violences conjugales comme les "dossiers de l'écran" en 1986, "Ciel mon Mardi" ou "médiations" en 1989 sensibilisent l'opinion publique.

Les pouvoirs publics agissent à leur tour : mise en place d'une "cellule abus sexuels", élaboration d'un dossier technique "les abus sexuels à l'égard des enfants. Comment en parler" par le Ministère de la solidarité, de la santé et de la protection sociale qui organise en Septembre 1988 le premier colloque sur les abus sexuels à l'égard des enfants; campagnes de sensibilisation dans les écoles à l'aide des films "mon corps est mon corps", "histoire d'en parler", avec des expériences pilote en Isère et en Seine Saint-Denis; action de prévention à partir de textes officiels, notamment la circulaire interministérielle du 31 Mars 1989 et la loi du 10 Juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance; mise en place d'un numéro d'appel téléphonique gratuit "allo enfance maltraitée"; campagne de sensibilisation sur les violences conjugales en 1989; assises nationales sur les violences conjugales en Novembre 1990 organisées par le Secrétariat aux Droits des femmes.

De ces diverses actions, semble résulter une certaine prise de conscience dans la population. Selon "Viols, Femmes, Informations", la campagne sur les violences conjugales a entraîné une augmentation des entretiens téléphoniques

relatifs à ces violences. Les rapports sexuels imposés par le conjoint ou concubin sous la menace, par la contrainte physique, commencent à être nommés et dénoncés par les femmes qui les subissent comme des "viols". Les femmes semblent signaler plus facilement à la police les viols dont elles sont victimes : on note 28% de plus de viols "constatés" en trois ans par la police judiciaire : 2937 en 1986 et 3776 en 1988.

Il s'agit de viols constatés et non de ceux réellement commis et l'on sait l'importance du "chiffre noir" en matière de criminalité sexuelle et notamment d'inceste, sans parler du "chiffre gris" : l'inceste est l'une des infractions où l'écart entre le nombre des condamnés et celui des crimes commis est le plus grand. Les estimations en ce domaine, comme pour l'ensemble des violences familiales, sont périlleuses, il n'existe pas pour l'instant d'étude épidémiologique. Pour un inceste découvert existerait, a-t-on estimé, deux ou trois incestes non poursuivis, impunis (1). Selon le Collectif féministe contre le viol, seulement 35% des viols portés à la connaissance du Collectif ont fait l'objet d'une plainte (2). Les violences sexuelles familiales sont difficilement signalées à la justice, la violence latente au foyer permet d'imposer le silence et le sexuel est encore tabou.

Les Comptes Généraux de la Justice Criminelle établis chaque année par le Ministère de la Justice, sont d'assez peu d'utilité en matière d'inceste, catégorie non juridique. On peut avoir une approximation en se référant aux statistiques des condamnations pour attentats aux mœurs (3). Ainsi, en 1986 on relevait 342 condamnations pour attentat à la

(1) Gendrel, Rev.Pénit.1964,p.42

(2) Viols-Femmes-Informations, année 1989,p.4

(3) voir Annexes statistiques;

pudeur par ascendant dont 284 sur mineur; mais ne sont pas comptés ici les beaux-pères, non considérés par la loi comme ascendants. Pour les viols, les ascendants ne sont pas distingués des autres auteurs. On ne peut davantage fournir, à partir des Comptes Généraux, de données statistiques sur les violences sexuelles dans le couple.

Les bilans annuels établis à partir des appels reçus à la permanence téléphonique "Viols, Femmes, Informations" montrent l'importance des violences sexuelles familiales (voir annexes). Selon le rapport de 1989, sur 1058 appels pour viols : 538 concernaient des viols par inceste et 32 des viols conjugaux. Pour les moins de 11 ans, on note trois fois plus de viols intra-familiaux qu'extra-familiaux (p.13).

Au niveau judiciaire, des études ponctuelles donnent une idée de l'importance des abus sexuels familiaux dans l'ensemble de la criminalité sexuelle connue. Selon une étude menée au Parquet de Nantes, sur 1125 affaires de viols ou attentats à la pudeur, 114 soit 10,1% étaient de type "familial"; pour les seuls viols, sur 213 affaires de viol ou tentative de viol enregistrées au Parquet de 1976 à 1984, 27 soit 12,6% concernaient des viols commis dans le cadre familial (Bordeaux, Hazo, Lorvellec, 1990, p.90 et 115), ce qui est très inférieur aux chiffres établis par VFI.

Une analyse d'expertises judiciaires a montré que sur 59 victimes d'abus sexuels ayant fait l'objet d'une expertise psychologique, 29 avaient subi ces abus dans la famille(1).

Selon des statistiques plus anciennes établies à partir de dossiers de condamnés ayant à subir plus de trois années de prison et passés au Centre National d'Orientation de Fresnes de 1959 à 1963, sur 2915 dossiers, il y avait 296

(1) L.Deltaglia, les abus sexuels envers les enfants, 1988, voir annexes.

incestes représentant 43,27% des sexuels et 10,15% de l'ensemble des condamnés (rev.pénit.1964,p.43).

Le professeur Heuyer estimait que l'inceste intervenait pour 1/3 sur le total des attentats sexuels, estimation approuvée lors d'une communication aux annales de médecine légale de Montpellier en 1960 (1).

Objet de l'étude.

Ce rapport s'inscrit dans le cadre d'une étude sur la répression de l'ensemble des atteintes à la personne physique commises dans le cadre familial.

Il a paru intéressant de suivre l'évolution de la réaction sociale à ces violences, telle qu'elle se manifeste à travers la loi pénale, même si la répression constitue une réponse sociale insuffisante et n'est qu'un aspect de la réaction sociale à côté de la protection et de la prévention visant moins à sanctionner la famille qu'à modifier le comportement familial. A l'égard des mineurs, au niveau comme en amont de l'intervention judiciaire, la protection, depuis l'ordonnance de 1958 donnant au juge des enfants la possibilité de mettre en oeuvre des mesures d'action éducatives, et la prévention avec diverses circulaires et la loi du 10 Juillet 1989, tendent à supplanter la répression. Cependant, en montrant le prix que la société attache aux diverses atteintes à l'intégrité physique et en rappelant un certain nombre d'interdits, la loi pénale garde son importance, elle ne se réduit pas au rôle de sanction à l'égard de quelques-uns, mais a valeur éducative à l'égard de tous.

Comment leur répression a-t-elle évolué depuis le code pénal de 1791 :

(1) Amet, L'inceste en milieu rural, 1977, p.15

— Par rapport au droit commun : le lien familial entre auteur et victime est-il pris en compte par le droit pénal? si oui, signification et incidence de cette spécificité sur les incriminations et/ou les pénalités, en résulte-t-il une meilleure ou une moindre protection?

— A l'intérieur de la famille, observe-t-on une évolution différentielle entre ses membres, y a-t-il eu déplacement de l'intérêt du législateur des uns aux autres, pourquoi et quelle a été l'évolution des priorités?

L'analyse porte sur :

— l'histoire du droit positif : étude des textes législatifs, des conditions de leur élaboration : travaux préparatoires, débats parlementaires.

— L'examen du contenu juridique et idéologique des arrêts rendus en la matière. Selon Portalis *"en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence"* (Discours préliminaire placé en tête du projet de code civil de l'An VIII, p.XVI). Cependant, tous nos ouvrages de droit contiennent des répertoires d'arrêts. Par suite du laconisme de la loi, les juridictions ont été amenées à jouer un rôle important dans l'interprétation de la loi en apportant des distinctions, précisions, inflexions aux textes et la jurisprudence est devenue source de droit, notamment celle de la Cour de Cassation qui n'est pas juge du fait mais à qui appartient souverainement l'interprétation des lois.

Ont été consultés les grands recueils de jurisprudence et les revues spécialisées : Bulletin criminel de la Cour de Cassation, recueils Dalloz et Sirey, Semaine Juridique (JCP), Gazette du Palais, répertoire de droit pénal et de procédure pénale de l'Encyclopédie juridique Dalloz, Juris-classeur pénal, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé;

— La doctrine à travers les commentaires des lois et des décisions de justice dans les recueils et revues précités, ainsi que les grands traités de droit pénal.

le présent rapport traite des abus sexuels, les autres formes de violences physiques dans la famille devant faire l'objet d'un second tome;

Selon le *petit Robert* : Abus = usage mauvais; Abuser = tromper quelqu'un en abusant de sa crédulité.

L'expression "abus sexuel" est celle retenue officiellement en France de préférence à "sévice sexuel" impliquant un degré de gravité excluant des faits qui sont des abus sans être des sévices, ou à "violence sexuelle" excluant les actes commis sans violence apparente.

Pour l'OMS (Organisation mondiale de la santé), l'abus sexuel à l'égard des enfants est *"l'abus exercé sur un enfant par un adulte ou une personne nettement plus âgée, à des fins de plaisir sexuel. L'enfant se définit légalement d'après l'âge légal de consentement qui diffère considérablement d'un pays à l'autre. Dans de nombreux pays, outre l'âge légal minimal pour les relations hétérosexuelles sans condition restrictive, il existe un âge plus élevé s'appliquant aux relations homosexuelles et aux relations entre un adulte et un mineur dépendant"* (OMS, Copenhague, 1985).

C.H.Kempe définit l'abus à l'égard d'enfants *"comme la participation d'un enfant ou d'un adolescent mineur dépendant et immature du point de vue du développement psycho-sexuel, à des activités sexuelles qu'il n'est pas en mesure de comprendre, qui sont inappropriées à son âge et à son développement psycho-sexuel, qu'il subit sous la contrainte par violence ou séduction ou qui transgressent des tabous sociaux en ce qui concerne les rôles familiaux"*(1).

(1) Les abus sexuels à l'égard des enfants, CTNERHI, 1990, p.15

En prenant une définition large des abus sexuels intra-familiaux, on considérera les suites pénales possibles de toute activité sexuelle entretenue dans le milieu familial (Rassat, JCP, 1974, I, 2614).

—qu'il s'agisse d'actes sexuels consommés ou non, homo ou hétérosexuels;

—entre personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance ou par un lien social (concubin).

Par relations incestueuses, on entend donc pas uniquement les relations sexuelles entre personnes entre qui le mariage est prohibé par la loi, , mais tous agissements de nature sexuelle entre parents ou alliés.

Quant à la violence sexuelle dans le couple, on peut la définir par sa finalité qui est d'obtenir du partenaire (conjoint ou concubin) sa participation à des relations sexuelles non souhaitées par celui-ci (Aspects de la violence dans les relations sexuelles, 1979, p.27).

PREMIERE PARTIE

LES RELATIONS INCESTUEUSES

DE LA RIGUEUR DE LA REPRESSION AU SILENCE DES CODES.

L'ancien droit français connaissait l'inceste que la doctrine définissait comme *"la conjonction illicite entre personnes parentes ou alliées à un degré prohibé par la loi"* (Pothier).

Le droit canonique interdisait le mariage entre parents et alliés, à l'origine jusqu'au 14^odegré, puis après le concile de Latran IV (1215) jusqu'au 4^odegré canonique, soit le 8^odegré civil. A cette prohibition du mariage liée à "l'affinité naturelle", c'est-à-dire la parenté naturelle, s'ajoutait l'interdiction liée à "l'affinité spirituelle" découlant des sacrements de baptême, de confirmation entre le parrain ou la marraine et leur filleul (1).

On retrouvait sensiblement les mêmes empêchements au mariage dans la loi civile: jusqu'au 8^odegré civil. Mais la sanction civile de la nullité du mariage ne semblait pas suffisante pour garantir ces prohibitions et l'ancien droit y ajoutait une sanction répressive.

Aucune ordonnance ne punissait spécialement l'inceste. Selon Jousse: *"il n'y a point de lois dans le royaume qui fixent les peines qui doivent avoir lieu contre l'inceste; ainsi il faut recourir aux lois romaines et à la jurisprudence des arrêts. La peine de l'inceste est d'autant plus grande que le degré de parenté ou d'alliance est plus proche. On punit de mort tous les incestes pour lesquels la nature elle-même inspire une horreur secrète et, à l'égard des autres, on les punit d'une peine moindre"* (2).

(1) J.Poumarède, "l'inceste et le droit bourgeois au XIX^o", in: droit, histoire, sexualité, L'espace juridique, 1987, p.214.

(2) Jousse, Traité de la justice criminelle de France, T.3, 1771, p.564.

Etait puni de mort - souvent peine du feu ou pendaison - l'inceste commis soit entre ascendants et descendants (pères ou mères avec leurs propres enfants légitimes ou naturels, ou bien par les ascendants avec leurs petits-fils ou petites-filles), soit entre frères et soeurs, soit entre beaux-pères et belles-filles, belles-mères et beaux-fils.

L'inceste entre beaux-frères et belles-soeurs, oncles et nièces, tantes et neveux était passible d'une peine arbitraire variable suivant la proximité des degrés (1).

On relève ainsi de nombreux arrêts: mère jetée vive dans un puits; mère et fils condamnés au bûcher (et ajoute Jousse "comme la mère était morte, il fut ordonné que ses os seraient décharnés et brûlés"); individu brûlé vif pour avoir "engrossé" deux de ses nièces.

L'ancien droit punissait le couple incestueux; les protagonistes étaient considérés comme co-auteurs et punis de la même peine, y compris l'enfant lorsqu'il était jugé comme ayant consenti. Selon Jousse "l'ivresse n'excuse point dans ce crime"(p.570). Mais le crime d'inceste était excusable par l'ignorance du lien de parenté ou d'alliance entre les accusés; toutefois Farinacius précise que cette erreur ne doit pas se présumer, car chacun est censé connaître ses parents, au moins proches (2).

Le nouveau droit révolutionnaire ou napoléonien, en revanche, ne mentionne pratiquement jamais l'inceste;

Au plan civil, la loi du 20 Septembre 1792 n'interdisait

(1) Merlin, Répertoire de jurisprudence, 4^eéd., 1812-1825, v^oinceste. A.Chauveau & F.Hélie, théorie du code pénal, 6^eéd., Marchal et Billard, 1887, t.4, n^o1506.

(2) A.Laingui & A.Lebigre, histoire du droit pénal, Paris, Cujas, t.1, p.41.

que le mariage en ligne directe entre parents et alliés et en ligne collatérale entre frères et soeurs (titre IV, art.11). Le code civil de 1804 reprend ces dispositions (art.161 et 162) en y ajoutant l'interdiction du mariage entre oncle et nièce, tante et neveu (art.163). Dans les deux cas aucune allusion expresse à l'inceste n'est faite.

Dans son discours préliminaire de pluviôse an IX, Portalis dit simplement que *"le mariage doit être prohibé entre tous les ascendants et descendants en ligne directe: nous n'avons pas besoin de donner les raisons; elles ont frappé tous les législateurs"*. Quant au mariage entre frères et soeurs, il doit être interdit *"parce que la famille est le sanctuaire des moeurs, et que les moeurs seraient menacées par tous les préliminaires d'amour, de désir et de séduction, qui précèdent et préparent le mariage"* (1).

Plus tard, devant le Conseil d'Etat, Portalis justifie les empêchements au mariage par *"la nécessité de prévenir la corruption des moeurs"*, par *"le caractère primordial de l'échange matrimonial"*, et par *"l'intérêt de ne pas laisser dégénérer les races, car l'expérience a prouvé que cet effet suit ordinairement les mariages entre individus de la même famille: les mariages des princes en ont fourni des exemples"* (2).

Si le code de 1804 n'emploie pas le mot inceste, certains articles du code parlaient d'*"enfants incestueux"* ou *"nés d'un commerce incestueux"*. Ainsi l'art.335 qui interdisait la reconnaissance volontaire de ces enfants par leurs pères et mères; l'art. 764 qui visait à les exclure de la succession. Ces dispositions montraient le souci de protéger l'enfant légitime, victime possible de l'inceste.

(1) Portalis, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, Paris, 1844, p.25, cité par Poumarède, p.215;

(2) Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Paris, 1827, t.9, p.21, cité par Poumarède, p.216.

Au plan pénal, ni le code de 1791, ni celui de 1810 n'incriminent spécifiquement l'inceste, le terme n'y figure pas. D'ailleurs, les cours de justice criminelle, consultées sur le projet de nouveau code pénal élaboré par la commission de l'An XII, réclamèrent parfois une répression spécifique des crimes "contre-nature" comme la sodomie et la bestialité, mais ne soulevèrent pas le cas de l'inceste (Poumarède, p.221).

Ce silence sur l'inceste est à replacer dans le contexte de la laïcisation du droit pénal au moment de la révolution.

Jusqu'au XVIII^e siècle, la répression pénale était dominée par l'influence de la morale chrétienne, les droits civil et pénal suivaient de près le droit canonique, droit de l'église catholique. Le mariage était considéré comme un sacrement et l'inceste à la fois comme un crime et un sacrilège. Les infractions qui reposaient sur des interdits religieux étaient très nombreuses: l'étude des recueils d'infractions du XVII^e a montré qu'elles représentaient plus du quart des comportements sanctionnés (1).

Cependant, si l'influence de la religion était prépondérante, il n'y avait pas assimilation totale de la morale et du droit. Selon Muyart de Vouglans (2), l'ancien droit français réprimait sous le nom générique de "luxure" *"toute entreprise illicite visant à satisfaire les sens au mépris des lois de la religion, et contre les règles de la pudeur et de l'honnêteté publique"*, et il ajoute, parlant de ce crime, *"il n'en est pas qui conduise à de plus grands désordres du côté de la société, dont ils rompent les liens les plus sûrs"*. Cela montre bien le double fondement, religieux et social, de l'ancien droit.

(1) Lascoumes, Poncela, Denoël, Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal, Hachette, 1989, p.85.

(2) Muyart de Vouglans, Les lois criminelles dans leur ordre naturel, 1770, titre IV, chap. 1 à 6 .

L'ancien droit distinguait trois catégories :

- les actes contre-nature : sodomie, bestialité.
- les actes commis contre des personnes non libres : inceste, viol, rapt, adultère, bigamie.
- les actes commis contre des personnes libres : maquerellage, fornication, stupre, concubinage.

Mais si les crimes appartenant aux deux premières catégories étaient toujours punis des peines les plus sévères (souvent la peine de mort), pour ceux de la troisième catégorie la condamnation n'était pas générale. La fornication simple, sans circonstances aggravantes, n'était pas atteinte par la justice pénale parce qu'il y avait consentement réciproque et, ajoute Jousse, *"parce qu'il y avait trop de coupables à punir et qu'on laisse à Dieu le soin de se venger"* (part.IV, titre 29, sect.I).

De même, le concubinage n'était sanctionné que s'il était *"notoire et scandaleux"* (Muyart de Vouglans) parce qu'il troublait alors *"l'ordre de la société"*.

"Ainsi apparaissaient chez les juristes la distinction de la morale et du droit, du péché et du délit, et le sentiment que la loi épuiserait en vain son autorité à faire respecter toutes les prescriptions de la morale, mais qu'elle doit réserver son intervention aux cas où l'ordre public est mis en danger. Ces deux idées étaient destinées à s'affirmer de plus en plus dans l'avenir" (1).

En effet, avec la révolution, la société devient une société laïque, c'est-à-dire détachée de l'appartenance à une religion. L'article 4 de la déclaration des droits de l'homme affirme: *"la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société"*. A la notion religieuse de "luxure" succède la notion de "bonnes moeurs".

(1) Savey-Casard, "les infractions contre la famille et la moralité sexuelle", Rev.pénit.1964, p.12

Les incriminations et pénalités avaient été, pour la plupart, critiquées par les philosophes du XVIII^e. Diderot et Voltaire mettaient en doute la culpabilité de l'acte incestueux. Montesquieu soulignait la distinction capitale qui doit être faite entre la certitude et la sévérité de la peine: "*qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, non pas de la modération des peines*". et pour ce qui concernait les mœurs, il enseignait qu'à l'exception des faits qui choquaient la sûreté publique comme les bonnes mœurs, tels que l'enlèvement et le viol, les actes d'impudicité les plus contraires aux règles de la pudeur ne devaient être punis que correctionnellement (1);

Cesare Beccaria, dont les idées devaient avoir un grand retentissement en Europe, écrivait, en parlant de certaines impuretés qui étaient alors spécialement punies, qu'on ne peut appeler juste la peine appliquée à des faits de cette nature, tant que les lois n'auront pas organisé les moyens les plus efficaces de les prévenir. La moralisation d'un peuple ne s'obtient pas par des châtiments a posteriori, qui ne sont que des rigueurs inutiles (2).

L'Assemblée Constituante, s'inspirant de ces pensées philosophiques, écarta de la législation pénale les faits d'impudicité qui lui parurent être plutôt justiciables du tribunal de la pénitence et se borna à incriminer ceux qui seraient publics ou violents, ainsi que l'excitation habituelle à la débauche de la jeunesse (3);

Il en sera de même en 1810. Le conseiller d'état Berlier, dans son exposé des motifs du livre III du code, rappelant

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, Librairie de Paris, p.74.

(2) Beccaria, *Traité des délits et des peines*, 1764, p.152.

(3) A.Morin, *Répertoire général et raisonné de droit criminel* Paris, Durand, 1850-51, vol.1, p.230.

la distinction faite par Montesquieu, dira qu'elle a été suivie dans ce code. Mais le code de 1810 incrimine, en plus du viol, l'attentat à la pudeur et l'adultère, réagissant ainsi contre l'indulgence des constituants et le relâchement des mœurs qui s'en serait suivi.

Après la révolution, sous l'influence libérale et athée, la distinction entre morale et droit pénal, amorcée sous l'ancien droit, s'est nettement affirmée : le droit ne recouvre qu'une partie de la morale, tout péché n'est pas nécessairement délit. La laïcisation du droit pénal peut être considérée comme *"le fait le plus novateur, une des ruptures essentielles opérées à cette période"* (Lascoumes, Poncela, p.85), et c'est en matière d'atteintes aux mœurs que les conséquences ont été les plus visibles. Le droit pénal des infractions contre l'ordre sexuel passant d'une conception essentiellement morale à une conception essentiellement sociale, le code marquant plus nettement la distinction, sinon la séparation, entre l'acte immoral et l'infraction pénale, le principe était désormais celui de la liberté sexuelle, liberté de ne pas subir et de ne pas voir.

Dés lors que les relations sexuelles, de quelque nature qu'elles soient, quel que soit leur caractère immoral et même si elles heurtaient les tabous traditionnels (inceste) étaient accomplies entre des partenaires consentants et sans publicité, elles restaient en dehors du champ pénal, la loi n'ayant pas à s'immiscer dans la vie privée. La loi ne réprimait que s'il y avait soit scandale public - ainsi de l'outrage public à la pudeur -, soit atteinte à autrui, violences - ainsi du viol et de l'attentat à la pudeur avec violence - c'est-à-dire qu'elle intervenait s'il y avait trouble de l'ordre public ou si l'acte avait des conséquences dommageables pour une personne déterminée. Seul le délit d'excitation de mineur à la débauche faisait intervenir un jugement moral;

Ne figuraient plus sur la liste des infractions et n'étaient plus réprimés en tant que tels, ni l'inceste, ni l'homosexualité, ni les crimes contre-nature, ni aucune forme de fornication, ni le concubinage notoire, ni la prostitution sanctionnée seulement en cas de racolage public. Quant à l'adultère, surtout de la femme, il était puni essentiellement dans le but de protéger la famille légitime.

Tous les publicistes s'accordaient à repousser comme injuste et inopportune la poursuite de tels faits exempts de violence et de publicité.

Le chef de l'école utilitariste, J.Bentham déclarait qu'il y aurait plus de mal que d'avantages à punir des impuretés secrètes: *"observons qu'à l'inverse des autres délits, dont on arrête plus sûrement les mauvais effets qu'on les met plus en évidence, les délits d'incontinence ne deviennent nuisibles qu'en devenant publics"*(1).

C'était aussi l'opinion de Rossi: *"en voulant punir certaines infractions des lois de la chasteté et de la pudeur, la justice dépasserait son droit, parce qu'elle n'a pas les moyens de vérifier ces faits, et qu'en essayant ces preuves, elle produirait plus de mal par le scandale des poursuites que la menace de la peine ne produirait d'avantage"*, puis appliquant cette réflexion à l'inceste, il va jusqu'à dire que punir l'inceste commis sans violence ni scandale, ce serait méconnaître les exigences de l'ordre public (2).

Dans leur théorie du code pénal, dont la première édition date de 1840, Chauveau et Hélie justifieront longuement la législation relative aux mœurs: *"Le législateur s'est borné à incriminer les actes contraires à la décence qui se produisent en public, les faits de corruption pratiqués sur les*

(1) J.Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, vol.2, p.412

(2) Rossi, *Traité de droit pénal*, vol.1, p.297 et vol.2, p.88

mineurs, et les violences commises sur les personnes. C'est à ces actes en effet que son action doit se restreindre : ceux-là seuls portent à autrui un dommage visible et appréciable; seuls ils se manifestent aussi avec un fait matériel que la justice peut saisir. Les autres, accomplis dans le secret, ne troublent point ouvertement la société qui les ignore...La justice, d'ailleurs, pourrait-elle les poursuivre sans péril? quels scandales ne jailliraient pas de ces poursuites...Le silence de la loi devrait être approuvé, quand il ne serait dicté que par un sentiment de respect pour la pudeur publique; c'est assez que la justice soit forcée de proclamer le délit, en le punissant, quand le scandale a été public, ou quand la liberté des personnes a été atteinte. Et puis, quelles seraient les conséquences de cette intervention de l'action publique? Ne serait-ce pas consacrer l'inquisition du magistrat dans la vie privée des citoyens, soumettre à ses investigations leurs actions intimes, ouvrir en un mot, le sanctuaire du foyer domestique?"(n°1508).

Comme le montre le texte précité, la loi ne réprimait pas les actes immoraux non publics et non violents car une telle répression serait :

- injustifiée puisqu'il n'y a pas trouble de l'ordre public. Or, le droit pénal laïc ne doit sanctionner que les actions nuisibles à la société.
- néfaste puisqu'elle porterait atteinte à la vie privée, ce qui dans le cas de l'inceste, se confond nécessairement avec une inquisition dans la famille;

Le silence du droit pénal sur l'inceste est donc à replacer, non seulement dans l'évolution générale du droit pénal qui se sépare de la religion, mais aussi dans le cadre de l'ensemble de la législation civile et pénale révolutionnaire et surtout napoléonienne et de la conception de la famille qu'elle traduit : une famille centrée sur l'autorité du père,

où les rapports familiaux sont essentiellement appréhendés sous l'angle patrimonial: *"la loi fixe les pouvoirs du père-possesseur, mais s'interdit, du même coup, de pénétrer davantage dans l'intimité du groupe familial, de s'immiscer dans d'autres types de rapports, affectifs, sexuels, par exemple"* (Poumrède, p. 225).

Il y a une nette séparation du public et du privé et inviolabilité du "sanctuaire" qu'est le foyer.

Des auteurs ont récemment vu dans la non-incrimination de l'inceste par le droit pénal, une conséquence logique du silence du code civil : il y aurait eu incohérence à ce qu'une branche du droit mette en pleine lumière des faits qu'une autre branche du droit s'efforce de camoufler (1).

Si le droit pénal révolutionnaire se sépare de la morale religieuse, il n'en reste pas moins que le viol et l'attentat à la pudeur violent se trouvent dans la section "les attentats aux mœurs" et non dans les atteintes à l'intégrité physique, et que l'attentat se situe par rapport à la pudeur, ce qui fait référence à une morale sociale, laïque.

Avec la Restauration, on assiste à une tentative de restauration morale : d'où l'article 8 de la loi du 17 Mai 1819 réprimant "tout outrage à la morale publique et religieuse et aux bonnes mœurs", puis la loi du 25 Mars 1822 punissant "l'outrage à une des religions reconnues en France". Cette tentative devait finalement échouer : la loi du 29 Juillet 1881 supprimait ces formules et le droit pénal n'incriminait que l'outrage aux mœurs (art. 28 de la loi de 1881).

Toutefois, l'héritage religieux subsiste dans une morale qui s'est laïcisée. Après "l'élagage" de 1789 où les infractions sexuelles sont réduites aux atteintes à la liberté

(1) D. Mayer, D. 1988, chr. XXXIII

sexuelle d'autrui, "avec le temps on constate que certains ^{concepts} imposés par l'église sous l'Ancien Régime survivent, voire reparaissent dans un contexte nouveau, qui n'est plus religieux, mais laïque... Les infractions sexuelles s'étendent aux attentats à la pudeur sans violence, à l'homosexualité. La morale laïque s'ajoute ainsi à l'héritage chrétien pour réintroduire certains délits dans la loi"(1).

De nouvelles incriminations visant à "protéger les moeurs" surgissent après 1880 : délit de souteneur en 1885, remplacé en 1946 par le délit de proxénétisme; délit de propagande en faveur de l'avortement et des moyens anticonceptionnels créé en 1920; homosexualité réprimée en de certaines conditions depuis 1942; contravention de racolage introduite par le décret-loi du 29 Novembre 1939; contravention d'affichage indécent créée en 1953; censure des films établie en 1945.

On constate aussi une tendance à une rigueur accrue, à une protection plus stricte de la moralité : augmentation de l'âge jusqu'auquel les mineurs sont protégés contre les activités sexuelles, extension jurisprudentielle de la notion de violence.

Cependant, l'inceste ne fera jamais l'objet d'une incrimination spécifique. "Ce n'est pas que la morale soit indifférente au législateur, mais il n'en prescrit que ce qui est indispensable à la société"(2). Et comme le dira la cour de Paris dans un arrêt du 12 Mars 1958 (D.1958, J.608): "La loi pénale n'a pas pour but de sanctionner la loi morale, mais de réprimer les atteintes à la morale dans la seule mesure où ces atteintes sont susceptibles de devenir la cause de désordres dans la société". Les relations incestueuses ne sont donc pas considérées comme troublant en soi l'ordre social.

(1) Léauté, Rev.pénit.1964,p.27

(2) Savey-Casard, Rev.Pénit.1964,p.15

La doctrine, opposée au 19^e siècle à un délit spécifique d'inceste, apparaîtra plus divisée au 20^e siècle.

Les pénalistes du 19^e siècle étaient hostiles à la répression de l'inceste en tant que tel, surtout en raison de son inopportunité : difficulté de la preuve, inquisition domestique, scandales en découlant. Plus que l'acte lui-même, c'est sa répression qui troublerait l'ordre public.

Selon Morin, "aucune disposition de nos lois n'a incriminé spécialement l'inceste, sans violence ni publicité, par le motif sans doute que la preuve en serait trop difficile et scandaleuse" et il précise "il est d'ailleurs certaines monstruosité que la législation répressive doit refuser de prévoir, sinon par une présomption d'impossibilité, comme le parricide dans les lois de Solon, du moins ^{par respect} pour les moeurs régénérées du pays" (1).

Pour Boitard, l'inceste est un "fait odieux sans doute, mais dont la répression ne peut être obtenue qu'en soulevant des scandales plus redoutables peut-être que l'impunité" (2).

Même opinion exprimée par Chauveau et Hélie pour qui l'inceste est une infraction "dont l'impunité peut faire gémir la morale mais dont la répression ne serait obtenue qu'à travers des périls plus grands que l'impunité" (3).

(1) Morin, Répertoire de droit criminel, 1850-51, vol. 1, p. 230 et S. 1840-1-656, note sous crim. 18-6-1840.

(2) Boitard, Leçons de droit criminel, 13^e édit. 1889, n° 371

(3) Chauveau & Hélie, Théorie du code pénal, n° 1561

Au début du 20^e siècle, le *Traité de droit pénal* de Garraud, dans sa troisième édition, développe les mêmes arguments : *"Beaucoup de législations modernes considèrent, avec quelque raison, que ni le mariage incestueux, ni les rapports incestueux en dehors du mariage ne doivent être spécialement incriminés : le mariage, parce que la nullité, qui est la conséquence de l'empêchement dirimant, forme une sanction civile suffisante pour rétablir l'ordre juridique offensé; les rapports sexuels, parce que ces actes pris en eux-mêmes n'offensent aucun droit particulier ou général. En les punissant, on s'obstine à mettre en lumière, par des recherches indiscretes, des turpitudes et des hontes dont la révélation même est une cause de scandale. On sévit contre des actes que la société n'a aucun intérêt à punir".* Mais il ajoute : *"Si l'inceste doit disparaître du catalogue des délits, il faut tenir compte dans la répression de l'attentat à la pudeur avec ou sans violence, des relations de parenté existant entre l'auteur de l'attentat et sa victime. Ces relations facilitent les moyens de séduction, soit à raison de l'autorité qu'elles donnent, soit à raison des occasions de rapprochement qu'elles créent"*(1).

La lecture des travaux préparatoires du IX^e congrès international de droit pénal à La Haye (Août 1964), consacré aux *"infractions contre la famille et la moralité sexuelle"*, montre, parmi les juristes français, un consensus pour répondre négativement à la question de savoir si le trouble de l'ordre social résultant de l'inceste justifiait ou non une intervention accrue du législateur(2).

(1) R.Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^eédit.1913 à 1942, T.5, n°2097

(2) Rev.Penit.1964,pp.9-60

Comme les auteurs du 19^e siècle, on évoque les difficultés d'investigations dans le milieu familial (Cannat); la question de la véracité des accusations portées par les victimes, en citant Renan: "*la plus grande erreur de la justice est de croire aux témoignages d'enfants*" et le docteur Locard selon qui: "le témoignage des filles n'a pratiquement pas plus de valeur que celui des aliénés"(1).

Mais surtout, on s'appuie sur l'esprit et les objectifs du code pénal et de la répression pour montrer l'inutilité d'une extension de la loi.

Inutilité, car l'objectif essentiel du droit est la protection de la liberté : celle des individus majeurs, ce qui conduit à ne pas punir l'inceste entre personnes majeures; celle des mineurs, ce qui conduit à les protéger et à réprimer les agissements dont ils sont victimes (Escande). Or, créer un délit spécial impliquerait de ne plus tenir compte de l'âge des auteurs (Cannat). Pourquoi modifier la loi puisqu'elle permet de réprimer l'inceste dans tous les cas où il doit l'être, quand il porte atteinte à la liberté et à l'intégrité de l'enfant qui ne peut se défendre? (Huguenev). Rien ne sert de créer un délit spécial, la circonstance aggravante suffit.

Inutilité aussi parce que le droit pénal a pour limites les possibilités de la répression. Il ne faut pas légiférer dans l'absolu, mais en fonction d'objectifs qu'il paraît possible d'atteindre. Or, par rapport aux incestes commis, la proportion de ceux qui sont connus est très faible, ce qui est une raison de plus pour le législateur d'être prudent : la création d'une incrimination nouvelle implique, en effet, que l'on s'attachera à saisir le fait que l'on veut punir, ce qui en l'occurrence ne peut pas toujours être le cas. Il n'est donc pas nécessaire d'aller plus loin que ne le fait la loi (Ancel).

(1) Locard, *Traité de criminalistique*, T.7, Lyon, Desvigne, 1940, pp.246-250.

Inutilité dans une perspective utilitariste de la peine : la répression, en ce domaine, n'est guère efficace car, souvent, le père incestueux n'a pas le sentiment d'être coupable et sa famille ne le considère pas comme un délinquant. Le véritable remède réside dans la prophylaxie : il faut donner des lits à ceux qui n'en ont pas et des logements décents à ceux qui vivent dans des taudis (Stanciu), ou encore lutter contre l'alcoolisme, c'est-à-dire agir sur les "causes" sociales.

Cette position française paraissait minoritaire au congrès. L'inceste est une infraction qualifiée, y compris bien souvent entre personnes majeures et consentantes, dans le code pénal de Grande-Bretagne, d'Allemagne Fédérale, de Suède, de Suisse, d'Espagne, de Pologne, du Canada, d'Italie (qui exige que l'inceste ait causé un scandale public). Le code belge fait seulement de l'inceste une circonstance aggravante de l'attentat sans violence sur enfants, selon une conception proche de celle du droit français (1).

Constatant des différences considérables quant à la définition et à la répression de l'inceste selon les législations des pays participants, le rapporteur général au congrès plaidait pour une position intermédiaire entre une formulation très vaste et une élimination du crime d'inceste de la loi pénale. *"En raison des progrès des sciences biologiques, l'argumentation eugénique ayant autrefois donné lieu aux vastes interdictions de l'inceste a perdu beaucoup de sa force. Toutefois les motifs religieux, moraux et sociologiques pèsent toujours d'un grand poids pour que l'on conserve à l'inceste, en tant qu'infraction spécifique, sa place en droit pénal"*. Et le congrès adoptait une résolution selon laquelle : *"tous les pays devraient réviser leurs dispositions pénales relatives à l'inceste qui devrait être déterminé de telle façon que*

(1) C.Ydrant, les abus sexuels à l'égard des enfants, CTNERHI, 1990, p.80 et Vitu, Droit pénal spécial, 1982, t.3, n°1869, note 1

soient interdits les rapports sexuels entre les proches parents d'un nombre limité de catégories: ascendants et descendants; frères et soeurs de sang ou de demi-sang"(1).

une dizaine d'années plus tard, en 1973, le rapport de synthèse clôturant les travaux de l'Association normande de criminologie sur "l'inceste en milieu rural" (Evreux 6 et 7 Juillet 1973) proposait la création d'un délit spécifique dans le cadre d'une réforme d'ensemble du droit pénal de l'inceste(2).

On y voyait deux avantages : substitution d'un niveau correctionnel à la qualification criminelle actuelle pour éviter soit les correctionnalisations par les parquets, soit la comparution, jugée traumatisante, de la victime en cour d'assises; en incriminant toutes les hypothèses possibles d'inceste et pas seulement certaines, permettre l'application éventuelle d'une mesure de sûreté (on pensait surtout au cas de l'auteur alcoolique), même à l'égard des majeurs impliqués dont le comportement "est souvent la conséquence plus ou moins directe de facteurs criminogènes annexes".

On proposait donc :

- un abaissement de l'âge de la majorité sexuelle de 15 à 13 ans avec assimilation des incestes sur mineurs de moins de 13 ans au viol et à l'attentat avec violence.
- pour les victimes de plus de 13 ans, la création d'un délit spécifique d'inceste visant tous les actes de nature hétéro et homosexuelle commis sans violence entre ascendants et descendants légitimes, naturels ou adoptifs et entre frères et soeurs. Les partenaires réputés consentants, seraient considérés comme co-auteurs également poursuivables, la peine n'étant pas nécessairement la même, surtout s'il y a un mineur impliqué. On

(1) Ploscow, rapport général et conclusions, pp.1043-1045

(2) Rassat, Leyrie, Lenglet, rapport de synthèse, pp.139-145.

suggérait de faire du délit d'inceste un délit d'habitude, juridiquement constitué après la constatation du deuxième acte incestueux : ce caractère faciliterait le travail des éducateurs qui pourraient ainsi plus facilement révéler un fait occasionnel d'inceste, par lui-même non incriminé.

On avait d'abord proposé d'incriminer l'inceste ainsi défini sans limite d'âge mais cela avait été vivement critiqué et repoussé par la majorité des participants, hostiles au principe d'une incrimination pénale d'actes sexuels réalisés entre majeurs consentants, incrimination qui, de plus, pouvait paraître inopportune à une époque où les comportements sexuels déviants entre majeurs consentants ont tendance, dans la plupart des législations, à être progressivement exclus du droit pénal. Aussi on suggérait soit de limiter l'infraction au cas où au moins l'un des intéressés est mineur de 18 ans, soit de n'admettre, à l'imitation de la législation italienne, la répression de l'inceste entre majeurs qu'en cas de "scandale public et manifeste".

plus récemment, on a proposé d'inscrire le terme "inceste" dans la loi, en reconnaissant que cela ne changerait rien à l'application de la loi, mais en soulignant que cette dénomination, surtout si le changement est utilisé dans une campagne d'information, peut avoir un impact symbolique important (1);

Mais d'autres auteurs sont opposés à une incrimination spécifique d'inceste pour des raisons diverses. Dans une perspective féministe, on pense que *"faire une loi séparée sur le viol par inceste"* comme le prônent certains reviendrait à ne plus le placer dans le contexte global de l'oppression des femmes,

(1) L.Deltaglia, les abus sexuels envers les enfants, 1988, p.260

en le séparant des viols sur les femmes adultes : celles-ci après tout, pourrait-on penser, peuvent bien se débrouiller pour que cela ne leur arrive pas, alors que les enfants, eux, n'y peuvent rien. On ne considérerait alors que les viols sur les enfants en oubliant les autres. Pente dangereuse..."(1).

D'autres jugent préférable, en l'absence de scandale public, que le droit agisse en amont, en s'attaquant aux causes de l'inceste, plutôt que d'étendre sa répression : "il n'est pas anormal que le législateur ne s'intéresse à l'inceste que de façon négative, pour veiller à ne pas le laisser entrer dans la sphère du droit. C'est la meilleure protection qu'il puisse offrir à la société contre la violation d'un tabou dont celle-ci a tout intérêt à détourner les yeux. L'inceste appartient ainsi au non-droit. Si cette constatation est surprenante c'est parce que généralement on a plutôt l'habitude de voir le droit se désintéresser de phénomènes qu'il considère comme trop insignifiants pour lui. Or dans le cas de l'inceste, c'est plutôt l'énormité du fait qui entraîne le recul du droit. En raison du manque de discrétion qui provient de sa nature même, le droit est incapable d'appréhender directement un phénomène aussi dérangeant que la violation d'un tabou ancestral"(2);

La magistrature aussi paraît divisée. Selon le juge d'instruction J.P.Getti, il est nécessaire de refondre le code pénal français pour que le terme "inceste" y apparaisse, mais pour le juge des enfants J.Alègre, "il faut bien admettre que les instances judiciaires n'ont pas une approche rigoureuse et systématique du phénomène incestueux et qu'il en résulte une impressionnante inégalité de traitement des situations sur le territoire national. Je ne pense pas pour autant qu'une

(1) S.Rojtman et M.A.Vigan, Cahiers du féminisme, n°55, 1990, p.28

(2) D.Mayer, D.1988, chr.XXXIII

réforme législative soit souhaitable en France. A mon avis, la sanction judiciaire comme la protection judiciaire de la victime sont inscrites dans nos textes: il suffit de les appliquer"(1).

Si les relations incestueuses n'ont pas donné lieu, jusqu'à présent, à une incrimination spécifique, il n'en résulte pas pour autant que le fait incestueux ne soit jamais punissable, mais il ne l'est pas en tant que tel et d'une façon générale. Cependant, à défaut de constituer un crime autonome, le fait incestueux sera sanctionné, comme toute relation sexuelle, lorsqu'il fera apparaître un coupable et une victime, par application des qualifications générales de viol et d'attentat à la pudeur car si les relations sexuelles entre proches ne sont pas spécialement visées, elles n'en demeurent pas moins soumises à la législation pénale sur les mœurs et l'on peut se demander si le législateur ne tient pas compte, dans la répression de ces crimes, des relations de parenté existant entre l'auteur et sa victime.

(1) J.Alègre, "le traitement pénal et civil de l'inceste par les juridictions", in: AFIREM, enfants maltraités, 1987.

LES CODES DE 1791 ET DE 1810 : LA PRIMAUTE DE L'ORDRE PUBLIC.

Le code de 1791, inspiré des idées de Beccaria, ne prévoyait que le viol qu'il punissait de six années de fer. La peine était doublée en cas de viol commis à l'encontre d'une fille âgée de moins de 14 ans ou lorsqu'il y avait pluralité d'auteurs. Mais le principe d'une aggravation liée à la personne de l'auteur, et notamment découlant de sa parenté avec la victime, avait été complètement négligé.

Le code de 1810 incriminait à côté du viol, l'attentat à la pudeur avec violence, les deux crimes étant punis de la réclusion (art.331), ce qui marquait un retour vers une plus grande sévérité.

En l'absence de définition légale du viol, doctrine et jurisprudence devaient s'inspirer, dans l'ensemble, de la définition qu'en avait donné Jousse au XVIII^e siècle : "*toute conjonction sexuelle illicite commise par force et contre la volonté des filles, femmes et veuves*" (Jousse, IV, p.743). Tout acte autre que le coït normal, même s'il emportait défloration (selon cass.crim.23-12-1859, D.1860-V-95, a constitué un attentat à la pudeur et non un viol le fait pour des parents, entre autres mauvais traitements, de déflorer leur fille à l'aide d'un bâton), constituait un attentat à la pudeur.

L'auteur du viol était nécessairement un homme et la victime une femme. Donc seuls les ascendants de sexe masculin, père ou grand-père, pouvaient être coupables de viol à l'encontre de leur fille ou petite-fille. Le père à l'égard du fils, la mère à l'égard du fils ou de la fille, ne pouvaient être coupables que d'un attentat à la pudeur. Cependant, les deux crimes étant identiquement sanctionnés en 1810, la

peine encourue était la même dans tous les cas, seule la qualification juridique changeait.

L'attentat à la pudeur non plus n'était pas défini par la loi et c'est aux tribunaux qu'il appartenait de décider si l'acte incriminé était assez grave pour mériter cette qualification. Le crime pouvait être défini comme "*un acte contraire aux mœurs, exercé intentionnellement et directement sur une personne de l'un ou l'autre sexe*"(1): par exemple sodomie, fellation, attouchements obscènes, mise à nu, caresses etc...

La préoccupation essentielle du législateur de 1810 - la défense de l'ordre public - apparaît à la fois au niveau des incriminations et à celui des circonstances aggravantes.

I- LES INCRIMINATIONS.

1- N'étaient réprimés que les agissements d'ordre sexuel accompagnés de violence ou de publicité. En dehors de ces circonstances, les faits n'étaient jamais punissables quel que soit l'âge des partenaires et quel que soit leur lien de parenté. En effet, si le code punissait d'une aggravation de peine le viol et l'attentat à la pudeur commis sur des enfants au-dessous de l'âge de 15 ans, il supposait toujours la violence comme élément nécessaire du crime. Aussi, toutes les fois qu'un enfant n'avait opposé aucune résistance aux manoeuvres employées pour le séduire ou même lorsqu'un consentement avait été frauduleusement obtenu de son ignorance, le fait restait sans répression: cass. 9 Novembre 1820, Bull.142; cass.25 Août 1821, Bull.192; cass.28 Janvier 1830, Bull.25.

La notion de violence n'étant pas définie juridiquement, des cours d'assises, révoltées par cette impunité, avaient

(1) E.Garçon, code pénal annoté, nouvelle édition 1952-59 par Rousselet, Patin, Ancel, Paris, Sirey, T.2, art.331-à 333, n°53. Et aussi Chauveau & Hélie, n°1562 et 1571.

essayé de réprimer les attentats commis sans violence sur de jeunes enfants en considérant que le consentement de la victime n'avait pas été libre, qu'il y avait "violence morale". Mais la cour de cassation, par un arrêt du 28 Octobre 1830 (Bull.239), avait jugé que c'était là une extension de la loi pénale, que l'art.331 ne s'appliquait qu'à la violence physique et non à la violence morale (Chauveau & Hélie, IV, n°1557).

Pourtant, les considérations qui motivaient l'aggravation de peine en cas de viol ou d'attentat avec violence contre un enfant de moins de 15 ans, auraient pu concerner les deux sortes de violences. Selon le rapporteur de la commission du corps législatif: *"au-dessous de l'âge de 15 ans, l'innocence doit plus particulièrement commander le respect et faire taire jusqu'aux désirs; l'emploi de la force est alors d'autant plus révoltant, qu'il offre une violation de l'instinct même de la nature, et un abus de l'ignorance autant que de la faiblesse de la victime"* (Chauveau & Hélie, IV, n°1588).

Cette lacune légale et l'interprétation jurisprudentielle restrictive du terme "violence" (ultérieurement, la jurisprudence assimilera à la violence physique, la violence morale, la contrainte) laissaient impunis de nombreux faits car, souvent, les actes commis sur de jeunes enfants ne sont pas vraiment accompagnés de violences physiques, notamment s'ils sont commis par l'ascendant qui arrivera facilement à ses fins en abusant de son autorité, de son influence sur l'enfant. On trouvait pourtant des traces de cette incrimination dans la législation ancienne. Les jurisconsultes distinguaient plusieurs degrés: jusqu'à l'âge de 7 ans l'attentat était réputé commis avec violence; de 7 à 12 ans, la présomption pouvait être combattue par la preuve contraire (Chauveau & Hélie, IV, n°1558). La loi de 1832 réparera en partie cette omission.

2- Le code de 1810, comme déjà celui de 1791, punissait par ailleurs d'une peine de prison de 6 mois à 2 ans *"quiconque aura 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-dessous de l'âge de 21 ans"*(art.334). La peine était de 2 à 5 ans si *"la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs, ou autres personnes chargées de leur surveillance"*.

Devant le corps législatif, Monseignat, à propos de cet article, s'était particulièrement indigné contre *"ces pères et ces mères qui, abusant du dépôt précieux que la nature et la loi leur ont confié, spéculeraient sur l'innocence qu'ils sont chargés de protéger et de défendre, échangeraient contre de l'or la vertu de leurs enfants, et se rendraient coupables d'un infanticide moral"* (cité par Morin p.235).

Ce délit sortait du cadre de l'inceste car il visait les cas où quiconque, et notamment les parents, servaient d'intermédiaires de la corruption de leur enfant pour satisfaire les passions d'autrui, et non les actes commis personnellement et directement par eux-mêmes sur leur enfant. Le législateur réprimait ici la cupidité et non la séduction personnelle. Cependant, c'était bien une forme de violence qui était ici sanctionnée et on peut remarquer que la protection de l'enfant était assurée jusqu'à 21 ans et que c'était le seul cas, en matière de mœurs, où les pères et mères étaient expressément désignés. L'incrimination pouvait aussi concerner d'autres membres de la famille en qualité de personne chargée de la surveillance du mineur.

Le délit n'existait que par l'habitude. Mais on s'était demandé s'il en était de même au cas où les coupables seraient les pères, mères, tuteurs etc...ou si le fait devait tomber dès le premier acte sous le coup de la loi.

La cour de cassation, après avoir jugé qu'il fallait une excitation habituelle (cass.11-9-1829), estima qu'il y avait une exception pour les pères, mères etc...et qu'un seul acte suffisait à constituer l'infraction à leur égard :
 cass.26 Juin 1838 (S.1838,1,565; B.179); cass.21 Février 1840 (S.1840,1,872; B.62).

Mais ce n'était pas le sens de l'art.334 qui, à l'égard des parents, se contente d'aggraver le délit sans en changer les autres éléments, et la cour de cassation devait revenir sur sa première interprétation en annulant un arrêt de la cour de Rennes qui condamnait sur un seul acte: cass.10 Mars 1848 (S.1848,1,588; B.63), et elle s'y était fixée par la suite: cass.10 Novembre 1860 (S.1861,1,198; B.231); cass.20 Août 1875 (S.1876,1,42; B.275) (1).

L'art.334 pouvait être appliqué par exemple, lorsqu'il était constaté que par la volonté de la prévenue, sa fille mineure était retenue dans un café exploité par elle où des filles publiques se livraient habituellement en sa présence à des actes obscènes; que cette enfant y attirait les consommateurs et subissait leurs caresses: cass.18 Mars 1886 (B.720).

L'habitude existait cependant chez l'auteur de l'excitation à la débauche, par le seul fait qu'il prolongeait le consentement donné, en tolérant la continuation des relations qu'il avait d'abord favorisées. Ainsi le délit de l'habitude était caractérisé quand une mère, après avoir livré sa fille à un séducteur, approuvait son concubinage par les visites qu'elle lui rendait : cass.13 Février 1860 (D.1863,1,206) ou parce qu'elle ne protestait pas, bien que demeurant dans le voisinage de leur maison: cass.22 Juillet 1880 (D.1881, 1,91) (1).

(1) R.Pérard, de l'influence de la paternité et de la filiation sur l'incrimination et la pénalité, thèse doc.dr., Paris, 1906 p.62-63.

Mais s'il y avait eu un marché unique (les parents avaient livré leur fille de 16 ans à un individu contre une somme d'argent) et que, malgré les relations continuées, rien ne puisse établir que les parents aient persévéré dans leur consentement, il n'y avait pas à leur égard délit d'excitation à la débauche: cass.10 Novembre 1860 (S.1861-1-198; B.231).

II- LES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES.

Si le code de 1810 prévoyait, contrairement à celui de 1791, une aggravation résultant de la qualité du coupable, c'était surtout l'abus d'autorité qu'il visait.

L'art.333 prononçait la peine des travaux forcés à perpétuité contre *"ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat"* et si l'on se réfère aux exemples-maîtres, tuteurs, curateurs - donnés par Monseignat, rapporteur du projet devant le corps législatif, le législateur semblait avoir surtout pensé à l'autorité liée à la fonction ou à la position.

L'art.333 énumérait également certaines catégories de personnes: instituteurs, serviteurs à gages, fonctionnaires publics, ministres d'un culte, l'aggravation résultant à leur égard peut-être moins d'une éventuelle autorité que de la violation du devoir de réserve imposé par leurs fonctions.

L'aggravation ne visait explicitement aucun lien de parenté. Mais on s'était demandé si l'expression générale "ceux qui ont autorité" ne permettait pas d'appréhender non seulement l'autorité liée à la fonction, mais également l'autorité résultant de la parenté et notamment de l'ascendance.

Si la circonstance aggravante semblait devoir s'appliquer aux parents dans le cas des enfants mineurs placés sous l'autorité légale de leurs père et mère (art.372 c.civ.), la question s'était élevée de savoir si elle concernait

également les enfants majeurs.

Cela devait donner lieu à une discussion jurisprudentielle célèbre. Par un arrêt du 27 Mars 1828 (B.94), la chambre criminelle avait admis que la circonstance aggravante s'appliquait au père coupable d'attentat à la pudeur avec violence sur sa fille majeure, cassant ainsi un arrêt de la cour d'assises du Loir et Cher du 28 Février 1828 qui avait interprété le mot "autorité" dans le sens plus restrictif d'autorité civile. Selon la chambre criminelle de la cour de cassation: *"Attendu que, si les pères, coupables envers leurs enfants de l'un des crimes de l'art.331 du c.pén., ne sont pas énoncés nominativement dans l'art.333, ils y sont implicitement compris par ces expressions: "si les coupables sont de la classe de ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis le crime"; Attendu que la circonstance résultant de la majorité de M.C., veuve C. ne faisait pas sortir son père de la classe des personnes qui avaient autorité sur elle"*.

L'affaire fut renvoyée devant la cour d'assises du Loiret qui jugea dans le même sens que la première cour d'assises. Sur nouveau pourvoi en cassation de la part du ministère public, la cour de cassation décidait finalement par arrêt rendu chambres réunies le 6 Décembre 1828 (S.1829-1-246), que le législateur n'ayant pas nominativement désigné les pères dans l'art.333, et l'autorité des pères et mères sur leurs enfants cessant, d'après l'art.372 c.civ., par leur majorité ou par leur émancipation, l'art.333 ne s'étendait pas à cette hypothèse : le père, n'ayant plus d'autorité sur son enfant majeur, n'était passible d'aucune aggravation de peine; il encourait donc la peine de la réclusion comme quiconque et non pas celle des travaux forcés à perpétuité prévue par l'art.333 :

"Attendu qu'il résulte de l'art.372 c.civ., que l'autorité des pères et mères sur leurs enfants, cesse par leur majorité ou leur émancipation; Attendu que dans l'espèce, l'arrêt

attaqué constate, en fait, que M.C, veuve C., était âgée de 37 ans lors de l'attentat commis envers elle par son père; Attendu que malgré l'indignation qu'inspire la gravité du crime, les magistrats n'en doivent pas moins se renfermer rigoureusement dans le texte de la loi pénale qu'ils sont chargés d'appliquer; Attendu qu'en déduisant de ces circonstances que M.C. n'était plus à l'époque de l'attentat, sous l'autorité de son père, et en refusant d'appliquer à ce dernier une aggravation de peine que l'art.333 ne prononce que contre les coupables qui sont de la classe de ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat, la cour d'assises du Loiret n'a fait que se conformer strictement au texte de l'art.333".

Le procureur général avait argumenté qu'il n'y avait aucun motif légal pour décider qu'il s'agissait aussi d'autorité morale, qu'il ne fallait pas chercher des analogies entre la classe à laquelle appartient le père de famille et les autres classes indiquées par l'art.333, qu'en matière criminelle on ne peut raisonner par parité. Il ajoutait que la fille majeure est libre de choisir sa demeure, que probablement des signes avant-coureurs avaient dû annoncer les faits, qu'elle pouvait fuir.

Ainsi, sous le code de 1810, l'ascendant coupable ne voyait sa peine aggravée, comme conséquence de son autorité sur son descendant, que si deux conditions étaient réunies : la violence et la minorité de l'enfant. En l'absence de l'une ou l'autre, il retombait dans le droit commun : application de la peine de base de l'art.331 en cas d'agression sexuelle contre son enfant majeur; impunité en l'absence de violence même si l'enfant était mineur. Une loi de 1832 devait combler en partie ces "lacunes" du législateur de 1810, "lacunes" volontaires ou non.

LE LIEN D'ASCENDANCE, CIRCONSTANCE AGGRAVANTE : LA LOI
DU 28 AVRIL 1832.

La loi du 28 Avril 1832 (1) apportait certaines modifications au code pénal et au code d'instruction criminelle dont certaines concernaient la répression des violences sexuelles. Pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, la réforme essentielle était l'adjonction des ascendants aux personnes passibles de la circonstance aggravante de l'art.333. La jurisprudence antérieure qui décidait que le père coupable de viol ou d'attentat violent à l'encontre de son enfant majeur, n'ayant plus d'autorité sur celui-ci, n'était passible d'aucune aggravation de peine, pouvait paraître contestable (Garçon, II, n°132). C'est pour la condamner que la loi de 1832 a expressément visé les ascendants dans l'article 333, de sorte que, depuis cette date, il est certain que tout ascendant qui commet un viol ou un attentat à la pudeur avec violence sur un de ses descendants encourt l'aggravation de peine, quel que soit l'âge du descendant.

La qualité d'ascendant de la victime constituait également une circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un enfant âgé de moins de 11 ans, crime nouvellement incriminé par la loi.

I- LA QUALITE D'ASCENDANT.

La loi de 1832 parlait "d'ascendants" sans autre précision, ce qui devait amener, au fil des ans, doctrine et jurisprudence à préciser ce que recouvrait ce terme au sens de l'art.333.

(1) Duvergier, T. 32, 1832, p. 215.

1- L'expression comprenait bien sûr tous les ascendants légitimes (père, mère, aïeuls, aïeules), c'est-à-dire unis à la victime par un lien de parenté en ligne directe résultant d'un légitime mariage, et aussi les ascendants d'un enfant légitimé (crim.22 Décembre 1842,B.335) qui, par le mariage subséquent de ses père et mère, a les mêmes droits que s'il était né de ce mariage (art.333 c.civ.).

2- La filiation naturelle posait davantage de problèmes. Dans le cas de l'enfant naturel reconnu, l'aggravation s'appliquait sans aucun doute au père et à la mère, que la reconnaissance ait été volontaire ou judiciaire. Mais cela était moins sûr pour les grands-parents car les civilistes considéraient qu'il n'y avait juridiquement pas de lien entre l'enfant naturel et les parents de ses père et mère, que la filiation ne dépassait pas le premier degré. Cependant la jurisprudence avait jugé que le texte étant général, la loi parlant d'ascendant sans faire de distinction, tous les ascendants légitimes ou naturels, à quelque degré que ce soit, devaient être compris dans ce terme et qu'en conséquence était passible de l'aggravation de peine, le grand-père naturel coupable, à plusieurs reprises, d'attentat à la pudeur sur la fille naturelle reconnue de sa propre fille légitime: Nîmes 27 Novembre 1953 (JCP 1954-II-8390,note H.Gal), confirmé par cass.20 Janvier 1955 (D.1955-256).

L'arrêt observait que l'art.161 c.civ. prohibe le mariage entre tous les ascendants légitimes ou naturels consacrant ainsi la parenté entre enfants et ascendants naturels et qu'en outre, lorsque la loi avait voulu exclure les grands-parents naturels, elle l'avait dit d'une manière qui ne prêtait pas à confusion par exemple dans l'article 299 du c.pén. sur le parricide, ce qui était d'ailleurs l'opinion du pénaliste E.Garçon (II,n°106).

Après la loi du 3 Janvier 1972 sur la filiation, la question ne portait plus à controverse, l'enfant naturel entrant dans la famille de son auteur comme l'enfant légitime (art. 334 nouveau du c.civ.).

Lorsque l'enfant naturel n'avait pas été reconnu, on soutenait alors que le père ou la mère, eux-mêmes, ne tombaient pas sous le coup de l'aggravation parce qu'ils n'étaient unis à la victime par aucun lien juridique, il s'agissait seulement d'ascendants de fait, on ne pouvait parler en droit d'un lien d'ascendance. Mais *"semblable solution pouvait aboutir, en certains cas, à des résultats choquants pour la morale la plus élémentaire. Il sera révoltant qu'un homme, par exemple, puisse impunément avoir des relations coupables avec une enfant qui, aux yeux de tous, passe pour être sa fille naturelle, sous prétexte qu'il ne l'a pas reconnue"* (H.Gal, note sous Nîmes 27-11-1953).

En l'absence de jurisprudence, la doctrine proposait de résoudre cette difficulté selon les mêmes principes qu'en matière de parricide, c'est-à-dire qu'on pensait que la question de savoir si l'accusé était ou non ascendant de la victime, était une question de fait que la cour d'assises devait résoudre souverainement, au cas par cas (Garçon II, n°107).

Cette solution ne devait pas devoir être remise en cause par la loi du 3 Janvier 1972 sur la filiation (M.L.Rassat, JCP, 1974, I, 2614).

Cette loi de 1972 faisait, au contraire, naître un doute en ce qui concerne la paternité virtuelle, car elle permet à un enfant d'obtenir des subsides d'un homme sur la seule preuve de rapports sexuels que celui-ci a entretenus avec sa mère pendant la période légale de la conception et indépendamment de toute preuve de sa paternité (art.318 et s. c.civ.). Cet homme, s'il est coupable de violences sur cet enfant, peut-il être considéré comme un ascendant au sens de l'article 333 c.pén.?

En l'absence de jurisprudence, la solution est incertaine car si l'une des raisons avancées par la jurisprudence, avant 1972, pour reconnaître la qualité d'ascendants aux grands-parents naturels -la prohibition du mariage - joue

également à l'égard du "père alimentaire" en raison de possibles liens de sang avec l'enfant, ces liens ne sont justement pas aussi certains qu'entre grands-parents et petits-enfants naturels (Rassat, JCP, 1974, I, 2614).

3- Les parents adoptifs, qu'il s'agisse d'adoption plénière ou d'adoption simple, sont considérés comme des ascendants, une parenté en ligne directe étant fictivement créée par la loi. Mais avant la loi du 11 Juillet 1966 sur l'adoption, cette parenté s'arrêtait au premier degré et la doctrine ne semblait pas vouloir l'étendre au-delà comme pour les enfants naturels car, la parenté fictive, *"fondée en dehors de toutes considérations d'ordre naturel, ne trouve sa justification que dans la mesure même de la règle légale au-delà de laquelle elle n'est plus"*, alors qu'il en allait autrement de la parenté du sang (H.Gal).

Depuis la réforme de l'adoption, en 1966, la qualité d'ascendant s'applique sans limitation de degré, mais seulement en cas d'adoption plénière (art. 358 c.civ.).

4- Les ascendants par alliance, beaux-pères et belles-mères, en revanche, n'étaient pas inclus par la jurisprudence parmi les ascendants, encourant l'aggravation de peine, et la solution est encore valable: cass. 10 Août 1839 (B.258). La jurisprudence devait statuer dans le même sens en matière de parricide.

Avant les réformes de l'adoption et de la filiation, doctrine et jurisprudence avaient donc compris dans l'expression "ascendant", tous les ascendants par parenté légitime ou naturelle, c'est-à-dire lorsqu'existaient des liens du sang, même en l'absence de filiation légalement établie (grands-parents naturels), mais donné une interprétation plus restrictive lorsque ces liens de sang étaient absents, en cas de parenté fictive, en la limitant aux pères et mères adoptifs, et en excluant les ascendants par alliance.

Depuis ces réformes, la circonstance aggravante s'appliquait aux ascendants légitimes, naturels ou adoptifs à quel-~~de~~ degré que ce soit, ce que confirme la loi du 23 Décembre 1980 en les désignant expressément dans les nouveaux articles 331 à 333, les ascendants par alliance étant toujours exclus. Toutefois, ces derniers, s'ils ne sont pas considérés, en tant que tels, comme ascendants susceptibles de l'aggravation de peine, pourraient l'encourir en qualité de personne "ayant autorité" sur la victime (infra p. 71).

II- LE LIEN D'ASCENDANCE, CIRCONSTANCE AGGRAVANTE DU VIOL ET DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR AVEC VIOLENCE.

La circonstance aggravante que, jusque-là, la jurisprudence n'appliquait aux ascendants que durant la minorité de l'enfant et en raison de l'autorité qu'ils exerçaient sur lui, leur était désormais applicable en leur qualité même d'ascendants et quel que soit l'âge du descendant.

Par rapport au droit commun, l'article 333 aggravait les pénalités, mais apportait aussi certaines dérogations quant aux conditions de répression des deux crimes.

La loi de 1832, contrairement au code de 1810, distinguait les deux crimes, les punissant de peines différentes.

Le rapporteur de la loi avait justifié ainsi cette distinction: "*le code pénal punissait de la même peine (réclusion) le viol et l'attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence. Cette assimilation n'a pas paru fondée à la chambre des pairs: le viol et les autres attentats dérivent de la même brutalité, et peuvent paraître également coupables aux yeux de la morale. Mais la nature ou l'étendue du crime établissent une telle différence en faveur de la victime, il y a si loin, quant aux résultats, de l'entreprise qui n'a fait souffrir que la pudeur, à la violence irréparable qui flétrit l'innocence même, qu'il paraît*

juste d'opposer au crime le plus dommageable, la peine la plus sévère" (Moniteur du 9 Avril 1832, p.1014).

Le nouvel article 332, qui édictait les peines de base, distinguait donc selon la nature du crime (viol ou attentat avec violence) et selon l'âge de la victime (plus ou moins de 15 ans). Mais aucune des distinctions faites ci-dessus n'apparaissait dans l'article 333 qui appliquait la peine des travaux forcés à perpétuité "*dans les cas prévus par l'article précédent*", donc quel que soit le crime et quel que soit l'âge de la victime. Ainsi, tandis que la peine de l'attentat avec violence était, en général, moins élevée que celle du viol, la loi mettait ces deux crimes sur la même ligne et les punissait de la même peine lorsqu'ils étaient le fait des personnes désignées par l'article 333, ascendants ou personnes ayant autorité sur la victime.

Ce qui motivait la distinction faite à l'égard de quiconque les conséquences jugées plus graves en cas de viol, avec les risques de grossesse encourus - devenait moins déterminant en présence d'un lien d'ascendance ou d'autorité, hypothèses où l'élément moral semblait primer. Le père, auteur du viol de sa fille ou seulement d'un attentat avec violence, paraissait également coupable. Par ailleurs, la peine portée, par suite de la violence employée et du lien de parenté ou d'autorité constaté, à un maximum que la loi ne voulait pas dépasser, ne subissait pas l'influence de l'âge de la victime. Il semble que le législateur ait estimé que l'importance de l'âge de la victime ou de la nature exacte du crime était minime en présence d'un lien d'ascendance ou d'autorité (Pérard, pp.50-53).

La non-distinction du viol et de l'attentat avec violence en cas de rapports d'ascendance, permettait de punir de la même peine les agressions sexuelles, quel que soit le

sexe de l'ascendant et celui du descendant, ce qui n'était pas sans intérêt à une époque où la définition restrictive du viol supposait nécessairement un auteur homme et une victime femme. Ainsi, étaient punissables des travaux forcés à perpétuité, le viol ou l'attentat avec violence commis par un père ou un grand-père sur sa fille ou sa petite-fille -hypothèses essentiellement visées par le législateur- mais également l'attentat violent (le viol étant juridiquement impossible) commis par le père ou grand-père sur son fils ou petit-fils, par une mère ou grand-mère sur sa fille ou petite-fille, ou sur son fils ou petit-fils, hypothèses surtout probables si le fils ou petit-fils est jeune, car s'il est adulte, cela paraît assez difficile, sauf à supposer la supercherie.

Le but du législateur de 1832 étant de renforcer la répression, la peine de base du viol était élevée aux travaux forcés à temps, l'attentat violent restant seul puni de la réclusion. Mais la peine prévue par l'article 333 restait celle des travaux forcés à perpétuité comme en 1810; une aggravation n'aurait pu être que la peine de mort, et bien que le législateur ait manifesté le souci d'une sévérité accrue, il n'a pas voulu aller jusqu'à sanctionner ces crimes de la peine capitale. La différence de peine encourue par quiconque et par les personnes passibles de la circonstance aggravante diminuait donc. Par ailleurs, vis-à-vis de l'ascendant coupable, il n'y avait aggravation de peine, par rapport à 1810, que si l'acte était commis contre un descendant majeur, puisque lorsqu'il s'agissait d'un mineur, il encourait déjà les travaux forcés à perpétuité comme personne ayant autorité sur le mineur.

III- LE LIEN D'ASCENDANCE, CIRCONSTANCE AGGRAVANTE DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR SANS VIOLENCE.

Le code de 1810 ne réprimait que les agissements sexuels commis avec violence. Lors des débats relatifs à la loi de 1832, le garde des sceaux avait affirmé que *"lorsqu'il s'agissait d'un attentat commis contre un enfant, il n'est pas vrai de dire qu'il y eut impunité alors même qu'il n'y avait pas violence réelle, parce que l'enfant n'était jamais considéré comme ayant donné son consentement"* (Moniteur du 6-12-1831, p.2315). Cela est douteux car si les jurés des cours d'assises se montraient sévères et tentaient d'appréhender ces actes par une interprétation assez large de l'article 331, la cour de cassation refusait d'assimiler violence physique et violence morale (cass.28-10-1830, B.239). Quoi qu'il en soit, le ministre reconnaissait que *"pour donner à la loi plus de fixité, il a fallu indiquer l'âge au-dessous duquel la violence serait toujours supposée sur la personne de l'enfant"*.

Le nouvel article 331 incriminait donc *"tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe âgé de moins de 11 ans"*, crime puni de la réclusion. A l'égard des ascendants et personnes ayant autorité sur la victime, l'article 333 élevait la peine aux travaux forcés à temps.

L'expression "attentat sans violence" pouvait sembler à la fois contradictoire et contraire à l'esprit du code. Contradictoire car *"le mot attentat implique l'idée d'une action violente, d'un certain dynamisme chez son auteur"*. Contraire à l'esprit du code en cette matière *"puisqu'il ne punit pas les relations consenties par les deux sujets"*. Pourtant, *"il existe bien des attentats sans violence: mais ils ont alors pour victimes des êtres dont l'ignorance permet la corruption sans qu'ils opposent la force, il*

s'agit des enfants au-dessous d'un certain âge" (1).

La loi établissait pour les enfants de moins de 11 ans, une présomption légale irréfragable de violence morale en considérant qu'au-dessous de cet âge, la violence est toujours et nécessairement présumée, par la raison que l'enfant n'a pas encore l'intelligence et le discernement nécessaires pour comprendre la portée de l'acte et pour donner un consentement libre et valable aux actes d'immoralité qu'il a subis ou auxquels il a été personnellement associé. La contrainte morale, la persuasion n'apparaissaient pas moins coupables que la violence physique, surtout de la part de l'ascendant ou d'une personne ayant autorité sur l'enfant.

Le fait matériel comprend ici, à la différence des attentats avec violence, non seulement les actes impudiques (attouchements, baisers, caresses...), mais également la conjonction sexuelle, car celle-ci ne constitue un viol que s'il y a emploi de la violence: la défloration d'un enfant au-dessous de 11 ans, sans violence, n'était qu'un attentat à la pudeur (Garçon, II, n°92; Chauveau & Hélie, IV, n°1562); mais si l'enfant avait résisté et qu'il y eut violence, il s'agissait d'un viol.

D'autre part, la cour de cassation avait jugé qu'il importait peu que ces actes soient exercés sur la personne de l'enfant lui-même, ou que cet enfant serve d'instrument à des actes obscènes, l'action n'en étant pas moins immorale et ses effets sur l'enfant pas moins désastreux: crim. 27 Septembre 1860 (S. 1861-1-201), crim. 24 Juillet 1874 (D. 1875-5-37).

En incriminant l'attentat sans violence contre les mineurs de moins de 11 ans, la loi de 1832 réparait en partie seulement l'omission du code de 1810: au-dessus de l'âge de 11 ans, les actes commis sans violence restaient impunis

(1) Répertoire de droit criminel, 1953, Att. moeurs n°53.

même s'ils étaient le fait d'un ascendant, la présomption de violence morale cessait.

Lors de la discussion de la loi, un député avait proposé d'élever cette limite à 15 ans: *"on a voulu punir l'effet de la séduction, si facile sur un individu qui n'est pas à même d'apprécier toute l'immoralité de l'action à laquelle on lui propose de se soumettre. Eh bien! cette séduction n'est-elle pas à peu près aussi à craindre sur un enfant au-dessous de 15 ans que sur celui au-dessous de 11ans? D'un autre côté, l'amendement que je propose mettra l'article en discussion plus en harmonie avec l'article 332 qui punit l'attentat commis avec violence sur un enfant au-dessous de 15 ans"* (cité par Ch&H n°1559).

La proposition fut rejetée: on considérait ne pouvoir étendre la présomption de violence à un âge plus élevé où l'enfant a, pensait-on, l'intelligence de l'action qu'il commet et peut se défendre.

Cependant cette limite sera progressivement élevée à 13 ans , puis à 15 ans. En attendant, des tribunaux tenteront de pallier à cette impunité, passé l'âge de 11 ans, en recourant à l'article 334 c.pén. qui punissait l'excitation habituelle à la débauche de mineurs de 21 ans. Mais après avoir admis la solution inverse (cass.26 Juin 1838; cass. 17 Août 1839), la cour de cassation jugeait que l'article 334 ne s'appliquait qu'à l'intermédiaire qui agit pour satisfaire les passions d'autrui et non à celui qui n'a d'autres buts que de satisfaire ses propres passions car les actes de l'individu qui corrompt la jeunesse pour son propre compte sont déjà punis, avec certaines restrictions, ^{par les art.} 330 à 333: cass.18 Juin 1840 confirmant l'arrêt de la cour de Poitiers du 25 Janvier 1840, (S.1840,1,656). Un arrêt ultérieur devait préciser qu'il en était ainsi alors même que les faits incriminés avaient eu lieu de père à enfant (S.1854,1,657).

C'était aussi l'opinion exprimée par Merlin dans une lettre écrite en 1838: *"ce n'est pas l'immoralité abusant de la jeunesse, crime déjà atteint par l'article 331, c'est la cupidité ou toute autre passion calculant sur cette immoralité, que l'art. 334 a voulu atteindre. Si la garantie accordée à l'enfance est encore trop faible, si la sollicitude de la loi doit s'étendre jusqu'à un âge plus avancé qu'elle ne fait, c'est au législateur qu'il faut en demander compte, ce n'est pas à la jurisprudence"* (cité par Morin, p.236).

Des relations sexuelles avec un mineur ne constituaient donc pas, à elles seules, le délit d'excitation de mineur à la débauche. On ne pouvait, par ce biais, atteindre, d'une façon générale des attentats sans violence sur enfant de plus de 11 ans, et plus spécialement ceux de nature incestueuse. Ainsi, le père punissable des peines de l'article 334 pour proxénétisme vis-à-vis de sa fille mineure de 21 ans s'il servait d'intermédiaire, n'encourait aucune peine s'il était lui-même coupable de séduction envers sa fille âgée de plus de 11 ans.

Dans sa plaidoirie devant la cour de cassation le 18 Juin 1840, Morin faisait valoir que si la loi avait voulu atteindre l'inceste, elle eut fait de ce crime sui generis l'objet d'une disposition spéciale. Or l'article 334 ne pouvait être considéré comme tenant lieu de disposition spéciale car il atteint des personnes dont la qualité, par rapport à la victime, exclut l'inceste; et quant aux ascendants, il ne punit que ceux qui auraient provoqué leurs enfants mineurs au fait prévu; or l'inceste peut exister après 21 ans et il peut exister entre autres parents, tels que frères et soeurs etc...

Cependant, la cour de cassation, si elle refusait d'appliquer l'article 334 à des faits de séduction personnelle, s'efforçait de ne pas en restreindre la portée au seul

proxénétisme comme le montre un arrêt du 27 Avril 1854 (B.122): un individu et sa maîtresse admettaient dans le même lit la fille de celle-ci âgée de 13 ans et la rendait témoin des actes les plus honteux de leur débauche. Les juges avaient appliqué l'article 334 et le pourvoi fut rejeté par la cour de cassation: *"attendu qu'il résulte du jugement attaqué que le prévenu a coopéré, de concert avec la dame V., à l'égard d'une jeune fille de 13 ans, à des faits habituels d'excitation à la débauche, sans qu'il soit établi que ces faits fussent commis pour satisfaire sa propre passion"*.

Chauveau et Hélie approuvaient cette position car, disaient-ils, *"si on n'applique pas l'article 334 à ceux qui pervertissent la jeunesse pour satisfaire leurs propres passions, du moins ne peut-on pas l'appliquer à ceux qui corrompent pour corrompre et propagent leurs vices par le seul désir d'en infecter la jeunesse?"*

Il y avait là, pensait-on, autre chose que la séduction personnelle qui échappait à la répression. Mais malgré cette extension de l'article 334, l'impunité des faits de séduction personnelle à l'égard des enfants de plus de 11 ans pouvait sembler choquante: *"il y a là un acte immoral porté au plus haut degré et qui appelle incessamment l'attention du législateur: il n'est pas possible que la loi continue de couvrir de pareils faits"* (S.1854-1-657, note 2). Ce sera l'un des objets de la loi de 1863.

IV- COMPLICITÉ DE L'ASCENDANT.

La circonstance aggravante est-elle encore applicable à l'ascendant s'il est, non pas auteur principal, mais complice du viol ou de l'attentat à la pudeur avec ou sans violence commis sur son descendant?

Selon l'article 59 c.pén., le complice d'un crime ou d'un délit doit être puni de la même peine que l'auteur lui-même.

On doit donc distinguer : si l'auteur principal est lui-même passible de l'aggravation de peine, l'ascendant complice le sera aussi, par exemple la mère complice du père ou du grand-père; en revanche, si l'auteur principal n'encourt pas cette aggravation, l'ascendant complice ne l'encourt pas non plus.

"Attendu qu'en vertu de l'article 59, le complice doit être puni de la même peine que l'auteur principal; que cette identité cesserait d'exister si une circonstance ou une qualité personnelle au complice était de nature à aggraver sa culpabilité légale et à le soumettre à une peine qui ne pourrait s'étendre à l'auteur principal".

Il a été ainsi jugé, et cela est toujours valable, que la mère déclarée complice par aide et assistance d'un viol (crim.2 Octobre 1856, S.1857-1-79) ou d'un attentat à la pudeur (crim.30 Novembre 1900, D.1901-256) commis sur sa fille, ne saurait, à raison de sa qualité d'ascendante de la victime, être frappée de l'aggravation de peine portée par l'article 333, alors que l'auteur principal du crime ne pouvait, au terme de l'article 331, encourir qu'une peine inférieure. Il en serait de même si le père était complice du viol de sa fille par un tiers.

Ainsi, vis-à-vis de l'ascendant complice, l'application ou non de la circonstance aggravante ne s'apprécie pas en fonction de sa relation avec la victime, mais en fonction de la relation de l'auteur principal du viol ou de l'attentat avec la victime. Complice, l'ascendant tombe dans le droit commun de la complicité qui procède de l'idée que le complice emprunte la criminalité de l'auteur principal. Il en résulte

des solutions assez paradoxales : ainsi l'ascendant complice d'un viol commis sur son descendant par un tiers encourt une peine moindre que s'il est l'auteur principal d'un attentat à la pudeur sur ce même descendant; ou encore, un tiers complice d'un ascendant encourt l'aggravation alors qu'un ascendant ne l'encourt pas s'il est complice d'un tiers.

La loi de 1832 désignait expressément les ascendants dans l'article 333. Cependant, la circonstance aggravante ne les concernent pas spécifiquement puisqu'elle s'étend à toutes les personnes qui ont autorité sur la victime, ce qui permet de l'appliquer à d'autres formes de relations incestueuses que celles, en ligne directe, qui sont expressément visées dans la loi (infra p. 68) ou même en dehors du cadre des relations incestueuses (instituteur par exemple). C'est moins le lien familial que l'abus d'autorité qui est visé.

Par ailleurs, le lien d'ascendance ne constituait, et ne constitue encore le plus souvent, qu'une circonstance aggravante d'infractions de droit commun, et non un élément constitutif d'une infraction spécifique. D'une part, le viol et l'attentat violent sont incriminés quel que soit l'âge de la victime et quel que soit l'auteur; l'élément déterminant est ici la violence, le jeune âge et le lien de parenté ou d'autorité ne faisant qu'aggraver la peine. D'autre part, l'attentat à la pudeur non violent contre un enfant est réprimé quel que soit l'auteur : c'est le jeune âge de la victime qui crée l'infraction, le lien de parenté ou d'autorité ne faisant, là encore, qu'aggraver la peine. Les faits sont donc incriminés soit en raison de la violence employée, soit en raison du jeune âge de la victime. La qualité d'ascendant de la victime n'induisait une certaine spécificité de la répression qu'au point de vue des pénalités, mais non en ce qui concernait les incriminations. La loi de 1863, en revanche, devait introduire une incrimination propre aux ascendants.

LE LIEN D'ASCENDANCE, ELEMENT CONSTITUTIF D'UNE INFRACTION SPECIFIQUE : LA LOI DU 13 MAI 1863.

Cette loi (1) modifiait plusieurs dispositions du code pénal. Elle introduisait quelques incriminations nouvelles et modifiait les peines édictées par un certain nombre d'articles du code. Le rapporteur avait souligné qu'il ne s'agissait pas de réviser le code pénal mais d'apporter des améliorations de détail. Se félicitant que, depuis plusieurs années, on constate la décroissance constante des crimes et des délits, il reconnaissait cependant *"qu'au milieu de cet ensemble satisfaisant, il y avait des points qui méritaient à juste titre d'appeler la sollicitude et l'attention du gouvernement"*, et notamment les agressions sexuelles car *"les attentats aux moeurs se multiplient, leur fréquence et les abus de confiance et d'autorité qui les accompagnent ont quelque chose d'affligeant. Votre commission a pensé que ce mal, bien constaté, nécessitait quelque changement dans la loi"* (Duvergier, p.421).

La lecture des Comptes Généraux de la Justice Criminelle montre effectivement une augmentation continue des crimes et des délits sexuels traités par la justice (tableaux).

Selon le rapporteur du Compte Général pour l'année 1860: *"Le nombre des accusations et des accusés de crimes contre les moeurs a continué de suivre la progression ascendante déjà signalée dans le rapport de 1850. Les accusations de cette nature forment de 1856 à 1860, plus de la moitié (53%) du nombre total des accusations de crimes contre les personnes"*

(1) Duvergier, 1863, p.418; D.P.1863,4,79; Le Moniteur Universel Avril 1863.

tandis que de 1826 à 1830, elles n'en formaient que 1/5° environ (23%). L'augmentation s'est produite principalement dans le nombre des attentats à la pudeur sur des enfants... De 1826 à 1830, le nombre moyen annuel des accusés de cette catégorie n'avait été que de 139, le 1/5° du total de la dernière période quinquennale. Cet accroissement déplorable du nombre de crimes contre les mœurs, que nous verrons plus loin se produire également dans le nombre des délits de la même nature est, sans nul doute, la conséquence des développements de notre industrie et de l'agglomération qu'elle amène dans les ateliers, d'ouvriers des deux sexes et de tout âge en contact permanent"(1).

Nombre moyen annuel des accusations et des accusés jugés pendant chaque période quinquennale de 1826-1860.

Période	viol et attentat violent sur adultes		viol et attentat violent sur enfants < 15 ans et non violent < 11ans	
	a	b	a	b
1826-1830	127	166	136	139
1831-1835	123	152	152	156
1836-1840	144	182	240	249
1841-1845	174	207	346	359
1846-1850	183	217	420	431
1851-1855	203	234	592	608
1856-1860	203	224	684	702

Compte général, année 1860, XCVIII.

(a) accusations ; (b) accusés

(1) Compte Général de la Justice Criminelle, année 1860, p. IX

Violences sexuelles et révolution industrielle sont ainsi liés: *"la révolution industrielle a des effets désastreux sur les jeunes ruraux...Déracinés, robustes, ces jeunes adultes dans la force du désir arrivent le plus souvent seuls...Ils sont en état de manque sexuel, ils compensent sauvagement leur frustration par des agressions brutales sur des femmes, souvent même sur des fillettes. C'est sous le second empire que la crise atteint son paroxysme, à l'époque de plein essor économique"* (Chesnais, p.183-184).

Comme le notait le rapporteur du Compte Général, la progression concerne surtout les enfants de moins de 15 ans : entre 1830 et 1860, les accusations pour crimes sexuels commis à leur égard sont multipliées par 5, mais à peine doublées pour les adultes. Dans la période 1826-1830, adultes et enfants sont aussi souvent victimes, mais en 1856-1860, les enfants le sont 3 fois plus.

De 1825 à 1838, on comptait en France 0,66 attentats à la pudeur sur enfants pour 10.000 habitants contre 1,58 de 1839 à 1852 et 2,61 de 1853 à 1866 (Garraud, V, n°2072).

"Sans doute y a-t-il lieu, derrière cette hausse de la criminalité réprimée, de lire une évolution de la sensibilité à l'égard de l'enfant. Après 1848, l'enfant quitte la rue, son royaume naturel, pour se retirer au foyer domestique, jalousement refermé sur lui-même...Aux yeux de l'opinion, de plus en plus acquise au modèle d'intimité bourgeoise, le viol d'une fillette devient insupportable. L'innocence et la virginité de la victime alourdissent le caractère odieux du crime" . (Chesnais, p.186).

Il y aurait donc, à la fois, augmentation de la criminalité sexuelle réelle en général, par suite de l'industrialisation, et augmentation de la criminalité sexuelle apparente concernant les enfants, en raison d'une plus grande propension à signaler les agressions sexuelles dont ils sont victimes.

Nombre moyen annuel des condamnés en cour d'assises.

Nature du crime	1836-1840 %	1856-1860 %
<u>A.P. sur < 11ans</u>		
art. 331	85	339
art. 333	8	42
total	93 50,8	381 64,1
<u>A.P. violent sur < 15ans</u>		
art. 332-4	48	103
art. 333	13	28
total	61 33,3	131 22,1
<u>Viol sur < 15ans</u>		
art. 332-2	17	40
art. 333	12	42
total	29 15,9	82 13,8
<u>Ensemble</u>		
art. 331+332-2+332-4	150	482
art. 333	33 (18%)	112 (18,8%)
total	183 100	594 100

Au niveau des condamnations en cour d'assises, le Compte Général permet de distinguer, pour les enfants de moins de 15 ans, selon la nature du crime sexuel et selon que l'auteur a ou non autorité sur la victime, ce qui donne une idée approximative des violences commises dans la famille, approximative car la notion d'autorité n'englobe pas uniquement la parenté.

Le tableau montre, entre les deux périodes, une augmentation des trois crimes, mais plus importante pour les attentats sans violence sur enfant de moins de 11 ans, lesquels sont multipliés par 4 au lieu de 2 pour les attentats violents contre enfant de moins de 15 ans. Leur proportion dans l'ensemble des condamnations pour crimes sexuels commis contre les enfants augmente donc de 50,8% à 64,1%, tandis que la proportion des attentats violents diminue, celle des viols restant stable.

L'augmentation du nombre des condamnations est sensiblement la même que l'auteur ait ou non autorité sur la victime, et dans les deux cas, l'augmentation concerne surtout les attentats contre les moins de 11 ans, comme au niveau global, ce qui explique peut-être que le législateur de 1863 ait spécialement porté son attention sur ce crime. Sur l'ensemble des condamnés pour crimes sexuels contre les enfants, le % de condamnés ayant autorité sur la victime reste stable (18% et 18,8%).

Quelques années avant la loi, pour la première fois en Europe, le docteur Ambroise Tardieu dénonçait les violences sexuelles commises à l'encontre des enfants⁽¹⁾. Professeur de médecine légale, Tardieu était chargé des autopsies d'enfants décédés accidentellement. L'analyse de 616 cas d'expertise médicale lui permit de montrer la fréquence des sévices sexuels infligés aux enfants: 339 de ces affaires, soit plus de la moitié, consistaient en des tentatives de viol et

(1) A. Tardieu, Etude sur les attentats aux moeurs, 1857.

et des viols sur des enfants de moins de 11 ans. Il observait *"que les liens du sang, loin d'opposer une barrière à ces coupables entraînements, ne servent trop souvent qu'à les favoriser: des pères abusent de leurs filles, des frères abusent de leurs soeurs..."*.

On peut supposer que ces travaux contribuèrent à attirer l'attention sur la réalité de faits que la société et les médecins en particulier préféraient ignorer, voire nier. La loi traduisait l'inquiétude publique devant l'augmentation de ces crimes. Ce qui motivait l'intervention du législateur, c'était peut-être une vigilance accrue concernant les atteintes à la liberté et à l'intégrité sexuelles, notamment des mineurs qu'il fallait *"prémunir contre leurs propres entraînements"*. Mais c'était aussi des préoccupations d'ordre public: son intérêt pour l'enfant s'adressait peut-être moins à l'individu qu'à la victime principale d'actes dont l'augmentation devenait à ses yeux une menace pour la famille et pour la moralité publique. Selon le rapporteur de la commission: *"les attentats de ce genre se multiplient et leur nombre toujours croissant prouve que la dépravation des mœurs l'emporte sur la réserve que l'enfant doit inspirer et sur le respect qu'elle mérite; Il est juste de protéger la famille contre ce désordre moral"*. (Duvergier, 1863, T. 63, p. 460 note 5).

I- EXTENSION DE LA REPRESSION DES ATTENTATS SANS VIOLENCE.

Estimant sans doute la répression du viol et de l'attentat à la pudeur avec violence suffisante, la loi de 1863 ne modifiait pas l'art. 332; la qualité d'ascendant restait une circonstance aggravante de ces crimes comme sous la loi de 1832 et les peines demeuraient inchangées.

En revanche, la loi apportait deux modifications à l'art. 331 concernant les attentats à la pudeur sans violence.

Considérant que le meilleur moyen de rendre la répression de ce crime plus efficace n'était pas d'augmenter les péna-

lités, ce qui n'était pas dans l'esprit de la loi, mais plutôt d'étendre la protection à un plus grand nombre de personnes, elle élevait l'âge au-dessous duquel une protection spéciale était édictée: *"le nombre de ces crimes va croissant, dit l'exposé des motifs. Néanmoins on ne propose pas d'élever la peine, mais de reculer la limite d'âge"*. Le désir de protéger l'enfant était apparu à travers la jurisprudence tentant de réprimer la séduction d'un mineur de plus de 11 ans en recourant au délit d'excitation de mineur à la débauche (supra p47), mais comme l'exprimaient Merlin et les annotateurs des arrêts de 1840 et de 1854, ce n'est pas aux tribunaux à remplir les lacunes de la loi si un besoin de répression se fait sentir, c'est au législateur à y pourvoir (S.1840,1,656 et S.1854,1,657 note 2).

La loi portait ainsi de 11 à 13 ans l'âge de l'enfant protégé contre l'attentat à la pudeur sans violence (al.1). Cette disposition s'appliquait aux membres de la famille comme à quiconque, mais à l'égard des ascendants elle était en quelque sorte neutralisée par un nouvel al.2 qui incriminait l'attentat à la pudeur sans violence commis par un ascendant sur son descendant mineur même âgé de plus de 13 ans et non émancipé par le mariage.

Cette nouvelle incrimination, qui depuis 1863 a toujours été maintenue dans le code pénal, était importante du point de vue des rapports familiaux car:

- c'était le seul cas, dans le domaine des infractions sexuelles, où un lien de parenté était source d'une incrimination spécifique, alors qu'en général c'était simplement une circonstance aggravante d'infractions de droit commun;
- c'était uniquement le lien d'ascendance qui était ici visé, alors que dans les hypothèses où ce lien constituait une circonstance aggravante, il n'était pas exclusif puisque

étaient aussi concernées, selon l'art.333, les personnes ayant autorité sur la victime.

Comme dans l'art.333, le terme "ascendant", au sens de l'art.331,al.2 comprenait les ascendants (parents, grands-parents) légitimes ou naturels, mais non les ascendants par alliance. Un arrêt de la chambre d'accusation de la cour de Poitiers du 10 Février 1881 (S.1882-2-14; D.1881-2-140) avait soutenu que l'art.331,al.2 s'appliquait aux ascendants par alliance et notamment au beau-père coupable d'attentat à la pudeur sans violence sur la fille issue du premier mariage de sa femme, âgée de 16 ans et non émancipée par le mariage: *"Attendu que dans le vague des termes employés, il convient de rechercher quelle a été l'intention du législateur et le but qu'il a voulu atteindre; que, d'une part, il a eu évidemment l'intention de punir les ascendants qui ont commis, sur les enfants, confiés à leur garde, des attentats à la pudeur, et abusé ainsi de l'autorité morale que leur donnait leur situation; que, d'autre part, il a eu en vue le caractère incestueux que crée dans ces sortes de relations la qualité des parties;- Attendu que ces deux considérations existent lorsqu'il s'agit d'attentat à la pudeur commis par un individu sur la fille légitime de sa femme; que, en effet, l'art.161 c.civ., a établi entre eux une prohibition absolue de mariage, que, par conséquent, leurs relations sont incestueuses; et qu' enfin le beau-père a, en réalité, sur les enfants de sa femme la même autorité que celle-ci;- Attendu, dès lors, qu'à ce point de vue de la morale et des nécessités sociales on comprend que le législateur ait entendu réprimer les attentats à la pudeur commis par tout ascendant, sans faire de distinction entre les ascendants par parenté ou par alliance"*.

Mais la cour de cassation, par un arrêt du 17 Mars 1881

(D.1881-1-277) avait cassé cette décision par les motifs suivants: " *Attendu que l'art.331 al.2 applicable à tous les ascendants d'un mineur, c'est-à dire au père, à la mère, aux aïeuls et aïeules, ne saurait être étendu à défaut d'un texte formel aux ascendants par alliance; que d'ailleurs dans la langue du droit l'expression ascendant implique toujours un rapport entre parents et ne s'emploie jamais pour caractériser un rapport entre alliés*".

La non-extension de cette nouvelle incrimination de 331 al.2 aux personnes ayant autorité comme le faisait l'art.333, laissait donc impunis les agissements commis à l'encontre de sa belle-fille mineure de plus de 13 ans par le second conjoint du père ou de la mère, du grand-père ou de la grand-mère. Certains auteurs le regrettaient, estimant que c'était précisément dans ces cas que la répression aurait le plus fréquemment sujet de s'appliquer et serait donc la plus utile (Pérard, p.57).

La protection de l'enfant contre tout agissement de nature sexuelle s'étendait ainsi dans la loi de 1863:

- à l'égard des ascendants, jusqu'à l'âge de 21 ans ou jusqu'à son émancipation par le mariage. Restaient impunis les rapports librement consentis entre l'ascendant et son descendant majeur ou émancipé par le mariage.
- à l'égard de toute autre personne, y compris des autres membres de la famille, jusqu'à l'âge de 13 ans.

La qualité d'ascendant était une circonstance aggravante quand le mineur avait moins de 13 ans, ce qui élevait la peine de la réclusion aux travaux forcés à temps. Cette qualité devenait un élément constitutif de l'infraction quand le mineur était âgé de 13 à 21 ans puisque c'était de cette seule qualité que découlait la protection spéciale édictée; la peine était alors la réclusion. L'ascendant

était punissable pour tout acte non violent commis à l'encontre de son descendant mineur, mais il l'était davantage si celui-ci avait moins de 13 ans.

Comme pour les attentats sans violence commis sur les enfants de moins de 13 ans, le fait matériel comprend dans la nouvelle incrimination non seulement les actes hétérosexuels ou homosexuels simplement attentatoires à la pudeur, mais encore la conjonction sexuelle; mais si celle-ci a été accomplie avec violence, il y a bien sûr viol et application de l'art.332.

Le crime est caractérisé même si le descendant consent aux actes impudiques (cass.4 Janvier 1866, Bull.n°3). Le plus souvent l'acte est commis par un père sur sa fille et il est raisonnable d'admettre que si la volonté de celle-ci ne fait pas absolument défaut, son consentement n'est pas non plus tout à fait libre. Mais même si la fille a agi en pleine liberté ou a provoqué les faits, le crime est encore constitué parce qu'un père est coupable de céder à une telle séduction (Garçon,II,n°110).

Si on envisage le cas d'un garçon de 20 ans, il paraît plus improbable qu'il puisse être une victime involontaire, par violence morale, d'un attentat commis sur sa personne par sa mère. Cependant, le crime existerait non seulement si la mère avait séduit son fils, mais encore si elle avait cédé à ses sollicitations (Garçon,II,n°111).

Il n'y a donc pas lieu de tenir compte, sauf pour l'admission des circonstances atténuantes, de la moralité du mineur, de son consentement, ni même de sa provocation. Des auteurs se sont toutefois demandé si le mineur ne devrait pas être parfois considéré comme juridiquement complice du crime et si on ne devrait pas, pour le moins, supprimer ou réduire sa demande éventuelle en dommages et intérêts (1).

(1) Gendrel, "les infractions contre la famille et la moralité sexuelle", rev.pénit.1964,p.45 .

II- FONDEMENT DE L'INCRIMINATION SPECIFIQUE AUX ASCENDANTS.

Pourquoi le législateur a-t-il posé des limites d'âge différentes selon que le crime d'attentat à la pudeur non violent était commis par quiconque ou par un ascendant?

Le projet du gouvernement proposait simplement d'élever la limite de 11 à 12 ans, d'une façon générale. La commission du corps législatif était allée au-delà en demandant de la porter à 13 ans, ce qui fut adopté, le corps législatif n'ayant émis aucune observation. Ce choix de 13 ans, comme toute limite, peut paraître arbitraire. La commission le justifiait par référence aux législations étrangères, c'était une moyenne entre les pays du sud de l'Europe où la limite d'âge était en général de 12 ans et ceux du nord où elle était plutôt fixée à 14 ans car, disait-on, *"le développement physique et mental de l'enfant varie selon les races et les climats"*.

En fait, la double préoccupation de la commission réapparaissait dans le choix de l'âge: protéger l'enfant car en-dessous de 12 ans *"son développement physique et intellectuel ne lui permet pas d'avoir une conscience exacte de ses actes"*; mais aussi éviter ce qui peut troubler l'ordre public, d'où son refus de porter l'âge limite à 14 ans comme le réclamait un de ses membres car *"la majorité de la commission a pensé que si la loi allait trop loin, elle pourrait multiplier les accusations et les scandales sans obtenir une répression plus efficace"* (Duvergier, 1863, t.-63, p.460 note 5).

Des auteurs trouvaient déjà cet âge de 13 ans trop élevé, estimant qu'au-delà de 12 ans, le fondement de l'incrimination - la présomption de contrainte morale - devenait incertain: *"On doit applaudir à la pensée morale qui, pour protéger l'enfance contre d'odieux attentats, en prolonge la durée. Il est bien de préserver l'enfant le plus longtemps"*

possible, aussi longtemps qu'il demeure enfant, contre la séduction qu'on ne pratique à son égard que pour le flétrir et le corrompre. Il faut prendre garde néanmoins que plus on approche de l'âge nubile, plus il y a lieu de craindre que la volonté ne vienne contredire la présomption de contrainte morale qui est l'élément du délit. Le péril est de confondre l'attentat à la pudeur avec l'immoralité"(1).

C'était aussi l'opinion de Chauveau & Hélie qui ajoutaient "les poursuites en cette matière devront, d'ailleurs, être exercées avec une certaine réserve, non pas seulement à raison du scandale plus grave qu'elles causeront, mais parce qu'elles jetteront le trouble dans les familles et que la vérification des attentats sera plus incertaine et plus dangereuse"(IV,n°1560).

Cependant en ce qui concernait les ascendants, cette limite de 13 ans n'a pas paru suffisante au législateur qui a étendu la protection de l'enfant contre les agissements sexuels commis par ses ascendants durant toute sa minorité. Cette disposition n'était pas dans le projet, elle a été proposée par la commission du corps législatif et n'a fait l'objet d'aucune observation dans la délibération.

Le rapporteur Belleyme la justifiait ainsi: "s'il est permis de supposer une volonté intelligente et libre chez un enfant âgé de plus de 13 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'abus d'autorité et l'état de dépendance sont venus en aide à ses mauvais desseins"(Duvergier, p.460 note 5).

Les travaux préparatoires semblaient expliquer la loi par

(1) Boitard, Leçons de droit criminel, 13^eéd.1889,n°370.

une présomption de contrainte morale qui excluerait la volonté de l'enfant et se prolongerait au-delà de 13 ans quand le coupable est un ascendant en raison de son autorité naturelle; face à l'ascendant le mineur, même âgé de plus de 13 ans, perdait sa liberté sexuelle.

Cependant des pénalistes avaient objecté que cette présomption d'abus d'autorité, acceptable pour un mineur de 15 ans, était plus difficile à admettre, ou du moins était une explication insuffisante en ce qui touchait un adolescent et devenait manifestement inexacte lorsque le mineur approchait de sa majorité, d'autant qu'à l'époque, celle-ci était fixée à 21 ans : *"ni en droit, ni en fait, la crainte révérentielle ne supprime la liberté morale et la responsabilité du descendant; d'ailleurs on peut supposer des hypothèses où cette influence ferait complètement défaut"* par exemple si la fille *"s'est offerte elle-même"* (Garçon, II, n°99 et aussi: Boitard, n°371; Garraud, V, 2096; Ch&H, IV, 1561).

Une partie de la doctrine du XIX^e siècle estimait que la nouvelle incrimination restaurait le crime d'inceste, ce qu'elle semblait regretter: *"nous aurions admis l'application de cette présomption fondée sur l'autorité du père jusqu'à l'âge de 15 ans. Mais n'est-il pas évident que, lorsque la victime a passé cet âge, l'attentat sans violence ne peut être qu'un fait de séduction? Ce que la loi punit, c'est donc, non plus seulement l'abus d'autorité, car cet abus est difficilement supposable vis-à-vis d'une fille de 18 ou de 20 ans, mais la séduction personnelle des ascendants, et en d'autres termes, le crime d'inceste...crime dont l'impunité peut faire gémir la morale, mais dont la répression ne serait obtenue qu'à travers des périls plus grands que l'impunité"* (Chauveau & Hélie, IV, n°1561; en ce sens: Garraud, V, 2096-2097; Boitard, n°371).

On peut considérer qu'il s'agit bien de la répression d'une forme d'inceste puisque les mêmes actes échapperaient à la répression s'ils étaient commis par quelqu'un d'autre qu'un ascendant. Cependant, en comparant la nouvelle incrimination avec les caractéristiques du crime d'inceste dans l'ancien droit, on peut contester qu'il s'agisse véritablement de la sanction de l'inceste au sens habituel du terme; Ainsi le pénaliste Garçon (II, n°100) faisait observer que si le législateur avait voulu punir l'inceste :

- il n'aurait pas restreint l'incrimination au cas où le descendant est mineur. Or les relations sans violence entre ascendants et descendants majeurs ne relèvent d'aucune sanction, alors que dans l'ancien droit elles étaient réprimées.

- il aurait inclus les ascendants par alliance et les collatéraux, ce qu'il ne fait pas.

- il ne considérerait pas le mineur comme une victime mais comme un co-auteur passible d'un châtement toutes les fois qu'il aurait consenti, comme cela était le cas dans l'ancien droit.

- enfin, il aurait exigé des relations sexuelles entre les partenaires, tandis que l'art.331 al.2 est beaucoup plus général et concerne outre le coït, tout acte impudique. L'incrimination nouvelle était donc, par rapport à l'inceste de l'ancien droit, plus étroite quant aux personnes concernées et plus large quant aux actes visés.

On peut donc dire que si, indirectement, le texte permet d'en frapper certains aspects, son but n'est pas la punition de l'inceste en général.

Aussi E.Garçon expliquait-il la loi comme la sanction d'un manquement du devoir d'éducation incombant à l'ascendant:

"l'ascendant qui a le devoir d'élever et de moraliser le mineur se rend coupable d'un crime abominable lorsqu'il

le souille par d'infâmes débauches. L'art.331 nous apparaît ainsi comme une disposition protectrice du mineur contre l'immoralité possible de ses parents et aucune sévérité n'est plus légitime" (Garçon,II,n°99).

Selon Garraud, "c'est l'influence corruptrice s'exerçant, tout à la fois, à raison de la qualité de l'auteur et à raison de l'âge de la victime, que la loi veut atteindre" (V,n°2098).

En fait, les deux explications se complètent: il s'agit de protéger la liberté sexuelle du mineur et de sanctionner la méconnaissance des devoirs parentaux fondamentaux:

"l'incrimination se fonde moins sur une présomption de violence morale que sur la lésion subie par l'ordre moral et résultant de l'oubli, par le coupable, de ses devoirs éducatifs les plus élémentaires" (Vitu,III,n°1869).

"la faute morale est plus grave lorsqu'elle est commise par celui qui devait au contraire protéger l'intéressé" (Levasseur, rev.sc.crim.1972,390).

Mais on a pu faire remarquer que les ascendants de fait qui, par définition, ne sont tenus à rien, sont cependant concernés par l'incrimination (M.L.Rassat,JCP 1974-I-2614). L'auteur ajoutait que cette infraction ne s'expliquait même pas par un manquement à une certaine convenance sociale puisque les ascendants par alliance échappaient à l'incrimination (mais cela n'est plus vrai depuis 1980), alors que leur conduite était tout aussi choquante que celle des vrais parents.

On a encore avancé que l'incrimination était motivée par le fait que les relations d'ascendance "facilitent les moyens de séduction, soit à raison de l'autorité qu'elles donnent, soit à raison des occasions de rapprochement qu'

elles créent" (Garraud, V, n°2097; en ce sens: Rassat; Véron droit pénal spécial, 1976, p.202-204).

Les faits seraient incriminés car, en raison de la cohabitation, il serait plus facile à l'ascendant qu'à un tiers de les commettre; il serait donc plus coupable. C'est pourquoi l'infraction disparaît si le mineur est émancipé par le mariage: non seulement l'émancipation le rend majeur, mais le mariage lui confère une autonomie et une indépendance qui le font échapper à l'emprise de ses ascendants (Véron). Des auteurs voient dans l'émancipation par mariage le passage de la mineure d'une autorité à l'autre, le mariage "lui procurant un protecteur" (Gendrel, rev.pén.1964, p.45).

On peut toutefois objecter que le beau-père est parmi ceux qui peuvent user facilement de leur autorité et de l'intimité que crée la vie commune pour commettre les faits incriminés et qu'en 1863 il n'était pas concerné par la loi (il peut l'être depuis 1980 comme personne ayant autorité infra p. 71).

Quels que soient les fondements qui ont pu être donnés de cette incrimination, qui tous se complètent, il ressort finalement que les agissements de nature sexuelle commis sans violence par l'ascendant sur son descendant mineur non émancipé sont punissables peut-être moins en raison de la jeunesse de l'enfant (ce qui justifie l'incrimination de l'attentat non violent contre l'enfant de moins de 11 ans commis par quiconque), que de la personnalité du coupable dont l'ascendant sur le mineur aurait dû être utilisé à d'autres fins (1). Aussi la protection s'étendait-elle tant que le mineur était sous son autorité.

(1) J.Devèze, "la sexualité en droit pénal contemporain", in: Droit, histoire, sexualité, 1987, p.299.

LES AUTRES LIENS DE PARENTE : ELEMENTS INDIFFERENTS EN
L'ABSENCE D'UN RAPPORT D'AUTORITE.

Si depuis 1832, la loi a toujours prévu une aggravation de peine à l'encontre des ascendants coupables d'agressions sexuelles contre leurs descendants, en revanche, elle a toujours été muette en ce qui concerne les autres rapports de parenté. En principe donc, les agressions sexuelles entre parents ou alliés, autres que celles commises par les ascendants sur les descendants, relèvent du régime de droit commun, alors que dans l'ancien droit, elles étaient spécialement punies comme inceste jusqu'à un degré assez éloigné.

Toutefois, s'ils ne sont pas spécifiquement visés, les autres membres de la famille peuvent se voir appliquer la circonstance aggravante prévue par l'article 333 contre "*ceux qui ont autorité sur la victime*". Il est de fait que cette disposition, si elle peut concerner quiconque, a trouvé surtout à s'appliquer dans le cercle familial et a permis d'élargir le champ de la circonstance aggravante, entre autres, aux alliés (notamment aux ascendants par alliance) et aux collatéraux, mais seulement sous certaines conditions définies par la jurisprudence.

On remarque que si le lien de paternité emporte aggravation de peine, il n'en est pas de même du lien de filiation et la qualité de personne ayant autorité ne peut trouver à s'appliquer ici. Le fils qui contraint sa mère sera ainsi toujours passible des peines de droit commun pour viol ou attentat avec violence. Des auteurs ont pu regretter

que la loi n'aggrave pas la peine dans de telles hypothèses (Garçon, II, n°112) et certains ont interprété ce silence de la loi par un oubli du législateur: "Il arrive qu'un fils puisse avoir des instincts assez vicieux pour oser porter sur sa mère une main impure, la violenter dans le but de satisfaire ses appétits grossiers, et en arriver jusqu'au viol après l'avoir vaincue par la force ou fait céder par d'horribles menaces. Et devant cet acte si répugnant, qu'on ose à peine le concevoir, la loi reste muette et semble trouver qu'il est assez sévèrement réprimé par la réclusion ou les travaux forcés à temps, c'est-à-dire par les peines de droit commun. Nous croyons plutôt que le législateur n'a pas prévu ce crime, car une solution aussi fâcheuse l'eût certainement déterminé à prononcer l'aggravation qu'il estime justifiée dans le cas où le coupable est un ascendant" (Pérard, p.52).

I- LA NOTION D'AUTORITE.

1-Ce peut être une autorité de droit ou de fait.

Carnot avait émis une opinion contraire: "par ceux qui ont autorité sur les personnes on ne peut entendre que les pères et mères, les tuteurs et curateurs" (commentaire du code pénal, t.II, p.115), c'est-à-dire les personnes investies d'une autorité légale.

Mais l'ensemble de la doctrine et une jurisprudence constante admettent depuis longtemps les deux sortes d'autorité. "Quelle est la raison de l'aggravation? c'est que le coupable, investi d'une puissance quelconque sur la victime, s'en est servi comme d'un instrument pour commettre son crime: c'est qu'il a fait de cette puissance, qui devait être un titre de protection, une source de corruption; c'est qu'ayant trahi une obligation spéciale, le devoir qui dérivait de son autorité même, sa faute est plus grave et pour ainsi dire double. Après cela, qu'importe que l'auto-

rité dérive de la loi ou de la condition sociale? Il suffit qu'elle ait existé pour que le crime devienne plus grave, parce que c'est par l'abus de cette autorité qu'il a été consommé...La criminalité s'aggrave à raison de l'influence morale que l'agent a pu exercer, et les effets de cette influence sont évidemment les mêmes, quelle que soit la source d'où elle dérive" (Chauveau & Hélie, IV, n°1592, et aussi Garraud, V, n°2107).

Ces auteurs ajoutaient qu'en outre, le législateur lui-même avait confondu l'autorité qui dérive du fait et celle qui dérive de la loi comme le montraient les exemples - maîtres, tuteurs, curateurs - donnés par le rapporteur de la loi devant le corps législatif.

Lors du vote de la loi de 1832, le député Lherbête avait proposé d'ajouter les mots: de droit ou de fait, mais l'amendement avait été rejeté sans explications (Moniteur du 6 Décembre 1831, p.2315).

Si la circonstance aggravante est encourue, que l'autorité exercée soit légale ou de fait, sa constatation judiciaire se fait plus ou moins facilement. L'autorité de droit dérive de la loi elle-même; elle donne nécessairement un pouvoir sur la victime et établit une présomption légale invincible que celui qui en était investi en a abusé pour commettre le crime. L'autorité de fait, au contraire, résulte de circonstances, variables selon chaque espèce, desquelles on ne peut induire, par présomption simple, que la victime était subordonnée envers le coupable (Garçon, II, n°145).

L'autorité de droit dérivant ipso-facto de la qualité conférée par la loi au coupable, il suffit que le verdict constate cette qualité, par exemple tuteur, au moment de l'attentat, pour que l'aggravation de peine soit encourue. L'autorité de fait ne découlant que de multiples circonstances, le verdict doit décrire avec précision ces circonstances. Ainsi, il ne suffirait pas de dire que le coupable était

le frère de la victime, il faudrait indiquer pourquoi et comment il a pu exercer en réalité, sur sa soeur, un pouvoir dont il a abusé. De même pour l'oncle, le beau-père ou tout autre parent.

2- Peu importe que l'autorité résulte d'un fait illicite: par exemple concubinage de la mère avec le coupable car *"la criminalité s'aggrave à raison de l'influence morale que l'accusé exerce sur la victime et cette influence peut dériver d'un fait illégitime aussi bien que d'un titre légitime"*: cass.31décembre 1868 (B.265).

3- Peu importe également que l'autorité ait un caractère permanent ou discontinu, *"l'autorité dans l'un et l'autre cas, attribuant à celui qui la possède un ascendant dont l'article 333 a précisément pour objet de prévoir et de punir l'abus"*: cass.27 Août 1857 (B.321).

4- Mais cette autorité doit exister au moment où l'attentat a été commis et le jugement doit le constater: cass.17 Janvier 1884 (B.13).

II- APPLICATION DE LA NOTION D'AUTORITE DANS LA FAMILLE.

Une jurisprudence abondante s'est développée au XIX^e siècle. La qualité de personne ayant autorité a trouvé le plus souvent à s'appliquer au beau-père, au concubin de la mère, à l'oncle, mais elle pourrait l'être à d'autres membres de la famille.

1- Le beau-père.

Non considéré comme ascendant au sens de l'article 333 c.pén., l'ascendant par alliance et notamment le beau-père, peut se voir appliquer cet article en qualité de personne ayant autorité sur la victime. Il a été en effet

jugé depuis longtemps que le second mari a autorité sur les enfants mineurs non émancipés issus du premier mariage de sa femme, même s'il n'est pas co-tuteur (1) :

"Attendu que d'après l'article 372 c.civ., l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, et qu'aux termes de l'article 374 du même code, l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père; que cette autorité continue d'exister dans la personne de la mère, après le décès du père, et même après qu'elle a convolé à de secondes noces. Que dans ce dernier cas, le second mari, par l'effet seul de la puissance maritale et de sa qualité de chef et de maître du domicile commun, entre nécessairement en partage de l'autorité de sa femme sur ses enfants mineurs issus du premier mariage, ainsi que cela résulte des dispositions combinées des articles 213, 214, 395 et 396 du c.civ."
cass.16 Février 1837 (B.51).

Le verdict ne doit pas se borner à déclarer la qualité de beau-père, mais constater aussi que la victime était mineure au moment des faits : cass.10 Août 1839 (B.258).

Le mari a également autorité sur les enfants naturels mineurs que sa femme a eu avant son mariage (2) :

"Attendu que la victime, encore mineure, était soumise à l'autorité de sa mère, en même temps que celle-ci était placée par la loi civile dans les liens de l'obéissance qu'elle devait à son mari; qu'il suit de là que les effets de l'autorité dont était investi P., lequel était d'ailleurs maître du domicile commun, s'étendait tout à la fois sur

(1) cass.26-2-1836(B.60); 16-2-1837(B.51); 10-8-1839(B.258); 3-8-1848(B.211); 5-1-1888(B.2); 22-12-1892(B.343); 27-6-1903(B.235); 19-12-1967 (B.333).

(2) cass.11-6-1841(B.174); 25-3-1843(B.70); 30-8-1855(B.303); 7-6-1860(B.130).

la mère et sur l'enfant, et qu'ainsi cette dernière était dans les conditions de soumission et de dépendance qui justifiaient l'application de l'art.333 c.pén." cass.25 Mars 1843 (B.70).

Le jury doit, à peine de nullité être interrogé sur la minorité de l'enfant : "Attendu qu'aux termes des articles 213 et 214 code napoléon, sur les droits conférés au mari par le mariage, et des art. 371 à 374 du même code, sur les droits de la puissance paternelle, combinés, la mère a durant la minorité, autorité sur l'enfant naturel par elle reconnu; que son mari participe nécessairement de cette autorité par celle que la loi lui confère sur sa femme; que d'ailleurs il a lui-même une autorité directe sur l'enfant mineur habitant le domicile conjugal. Attendu dès lors que la minorité de la victime est un des éléments constitutifs et nécessaires de la circonstance aggravante prévue par l'art.333, en ce qui concerne le mari de la mère de l'enfant mineur" cass.7 Juin 1860 (B.130).

De nombreux arrêts constatent que l'enfant habitait au domicile conjugal, ce qui conforte la situation de fait d'où résulte l'autorité. Mais ce n'est pas une condition nécessaire, la constatation de la qualité de beau-père et de la minorité de l'enfant étant suffisante pour établir l'autorité : "Attendu qu'il n'eût été nécessaire d'interroger le jury sur la question d'habitation commune de la victime et de l'accusé, qu'autant que la victime eût été majeure et eût ainsi pu n'être pas soumise à l'autorité du beau-père; attendu qu'au contraire le jury a été interrogé et a répondu affirmativement sur la minorité de la jeune fille; que de cette circonstance aggravante et de la seconde circonstance que l'accusé était le mari de sa mère, la cour d'assises a été autorisée à conclure que cet accusé avait autorité sur la victime" cass.30 Août 1855 (B.303).

L'autorité du beau-père sur l'enfant mineur continue même après le décès de la mère si l'enfant vit dans la maison du beau-père : ainsi l'aggravation de peine a été appliquée

au beau-père auteur d'un viol sur sa belle-fille âgée de moins de 15 ans et qui, à l'époque des faits habitait avec lui: cass.20 Janvier 1853 (B.23).

De même à l'encontre du beau-père coupable d'un viol sur la fille naturelle de la femme de l'accusé, mineure de 21 ans, qui vivait dans la maison de son beau-père :

"Attendu qu'il est constaté que la fille B. depuis le mariage de sa mère, a toujours vécu dans la maison des époux V., que dès lors l'autorité qui, du vivant de la mère, était la conséquence de la puissance maritale, n'a pas cessé après le décès de celle-ci; que cette circonstance n'a fait au contraire que rendre pour V. son devoir de protection plus impérieux et son crime plus grave" cass. 12 Août 1859 (B.200).

Une autorité de fait a été reconnue contre un individu coupable d'attentat à la pudeur sur la fille de sa belle-fille habitant avec lui : Besançon 21 Novembre 1874 (D.1876-5-46).

2- Le concubin de la mère.

Il a été jugé à plusieurs reprises que le concubin de la mère pouvait avoir une autorité de fait sur les enfants mineurs de celle-ci (1).

La qualité de concubin ne confère pas, à elle seule, l'autorité de fait en l'absence d'indication d'aucune autre circonstance : cass.29 Juin 1976 (B.233).

Il faut, par exemple, pour bien montrer l'autorité de fait, souligner, dans le verdict, la communauté d'habitation:

(1) Cass.31-12-1868 (B.265); 29-7-1911 (B.398); 10-7-1952 (B.180); 4-5-1955 (B.224); 14-10-1958 (B.620); 9-6-1971 (B.185).

"Attendu que l'aggravation pénale portée par l'article 333, dans le cas où l'accusé est de la classe de ceux qui ont autorité sur la victime, peut résulter non seulement d'une autorité de droit, mais aussi d'une autorité de fait; que les questions affirmativement résolues par le jury constatent que l'accusé vivait en concubinage avec la mère de la victime; qu'il avait une habitation commune avec la mère et la fille, et que celle-ci était âgée de moins de 13 ans; que dans ces faits l'arrêt attaqué a pu trouver les éléments constitutifs de la circonstance aggravante; qu'en effet l'accusé vivant maritalement et dans un domicile commun avec la mère de la victime, exerçait nécessairement sur cette enfant âgée de moins de 13 ans une autorité de fait" cass.31 Décembre 1868 (B.265).

Mais il importe peu que ce concubinage se situe au domicile de la mère ou du concubin, l'autorité résultant moins de la notion de "chef de la maison" que de la communauté d'habitation : cass.9 Juin 1971 (B.185).

Dans cette espèce, le concubin avait formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'assises le condamnant pour viol de la fille de sa maîtresse, en arguant que la communauté d'habitation ne crée la circonstance aggravante d'autorité qu'autant que le domicile est fixé chez le concubin qui serait alors chef de foyer, et non chez la concubine où sa situation plus précaire ne lui donnerait pas autorité sur les enfants. La chambre criminelle a répondu: "qu'il importe peu que ce soit au domicile ^{du concubin} ou de celui de la femme que se réalise la cohabitation". Il semble en effet que cela ait peu d'incidence sur l'existence ou non d'une autorité de fait, la durée du concubinage et l'âge des enfants ayant sans doute, sur ce plan, plus d'influence que l'identité de celui au nom de qui sont établies les quittances de loyer (Levasseur, rev.sc.crim.1972,390).

La circonstance aggravante a été aussi appliquée au concubin de la grand-mère coupable d'attentat à la pudeur sur les petites-filles, alors qu'il était établi *"non seulement que l'accusé vivait en concubinage avec la grand-mère des victimes, mais encore que ces dernières, mineures de 15 ans, habitaient avec le couple, auquel elles avaient été confiées"* cass.10 Avril 1959 (B.195).

3-L'oncle.

L'oncle par le sang ou par alliance n'a pas d'autorité légale sur ses neveux ou nièces, même mineurs. Il ne peut exercer qu'une autorité de fait, laquelle ne peut résulter que de diverses circonstances qu'il faut préciser.

"Attendu que l'art.333 n'attache de plein droit l'aggravation de pénalité qu'il édicte qu'à la qualité d'ascendant, et qu'à l'égard de l'autorité de fait, la qualité d'oncle isolée de toute autre circonstance ne saurait la produire lorsque la question soumise à la cour et au jury est muette sur la nature des rapports domestiques qui peuvent avoir existé entre le coupable et la victime" cass.4 Mai 1955 (D.55-636).

L'autorité de fait a été reconnue à l'oncle coupable d'un attentat à la pudeur sur sa nièce par alliance qui lui avait été confiée : crim.6 Avril 1866 (B.94); 2 Septembre 1869 (B.204); 16 Mars 1939 (B.58).

Au grand-oncle par alliance d'une enfant de moins de 15 ans qui lui avait été confiée par sa mère: crim.9 Décembre 1875 (B.349).

Mais l'autorité de fait ne saurait résulter à l'égard d'un oncle, du seul fait que sa nièce l'aurait accompagné dans une chambre où il l'aurait cependant attirée : crim.4 Août 1922 (B.281).

Dans le cercle familial, ne dérogent donc au droit commun, de par leur qualité même, que les ascendants légitimes, naturels ou adoptifs, coupables d'agressions sexuelles contre leurs descendants.

Comme quiconque, tous les autres parents ou alliés n'encourent une aggravation de peine que s'ils sont reconnus exercer, au moment des faits, une autorité de droit ou de fait sur la victime. L'aggravation résulte de l'exercice abusif de cette autorité et non de leur lien de parenté avec la victime. Elle n'est pas automatique comme pour les ascendants, mais dépend des circonstances de fait (minorité de la victime, cohabitation...) qu'il faut constater.

Une fois reconnue leur autorité sur la victime, les membres de la famille encourent l'aggravation de peine dans les mêmes conditions que les ascendants, l'article 333 les y assimilant pour l'application de la circonstance aggravante en cas de viol, d'attentat avec violence, ou d'attentat sans violence sur enfant.

En revanche, sous la loi de 1863, l'attentat non violent sur mineur de plus de 13 ans n'était pas incriminé vis-à-vis des membres de la famille autres que les ascendants, qu'ils exercent ou non une autorité. L'autorité n'était pas comme l'ascendance un élément constitutif de cette infraction. A partir de 13 ans, les relations sans violence entre un beau-père et sa belle-fille, d'un oncle avec sa nièce, ne relevaient donc pas de la loi pénale, alors que celles entre ascendants et descendants étaient incriminées jusqu'à 21 ans.

La notion d'autorité permet de sanctionner plus sévèrement les agissements commis contre des mineurs par des adultes ayant une certaine "responsabilité parentale", jouant à leur

égard le rôle de substitut des ascendants : beau-père, concubin de la mère, oncle, frère aîné... Cependant, la non-incrimination, à leur encontre, des actes commis sans violence sur les mineurs de plus de 13 ans était critiquée. Cette impunité, déjà réduite par l'ordonnance du 2 Juillet 1945 élevant de 13 à 15 ans l'âge de protection des enfants, n'existe plus depuis la loi de 1980 qui assimile totalement ascendants et personnes ayant autorité sur la victime .

III- PARENTS OU ALLIES NON INVESTIS D'UNE AUTORITE QUELCONQUE.

En l'absence d'un lien d'ascendance ou d'un rapport d'autorité constaté, c'est le droit commun qui s'applique, quel que soit le lien de parenté.

Si l'acte est incriminé, les peines de base leur sont applicables comme à l'égard de quiconque, la répression résultant soit :

- de la violence exercée : le viol et l'attentat à la pudeur violent sont incriminés, d'une façon générale, ce qui permet d'appréhender bien sûr à l'intérieur de la famille comme à l'extérieur, tous agissements de nature sexuelle imposés par violence, contrainte ou surprise, quel que soit l'âge de la victime : ainsi le viol d'une soeur par son frère, d'une mère par son fils...

- du jeune âge de la victime : encourent les peines de base prévues pour attentat non violent sur enfant, les frères et soeurs, oncles et tantes, cousins...non investis à l'égard du mineur de 13 ans (puis 15 ans après 1945) d'une autorité particulière.

Si l'acte n'est pas incriminé, il y a impunité. Au-delà de l'âge (13 ans puis 15 ans) fixé par le législateur et en l'absence de violence, les relations sexuelles ne sont pas incriminées d'une façon générale. De telles relations entre membres de la famille qui ne font pas l'objet de dispositions

spéciales (ascendants) restent donc impunies comme si le lien familial n'existait pas. Toutefois, avec la loi de 1942 incriminant l'homosexualité avec un mineur de plus de 15 ans, les relations, à l'intérieur comme à l'extérieur de la famille, entre deux personnes du même sexe dont l'une au moins est mineur de plus de 15 ans, par exemple entre deux frères ou deux soeurs, seront passibles d'une peine.

Le seul cas où l'aggravation de peine sera encourue par un membre de la famille n'ayant pas autorité sur la victime sera, paradoxalement, lorsque au lieu d'être auteur principal il est complice d'une personne encourant elle-même la circonstance aggravante en raison d'un lien d'ascendance ou d'autorité, puisque selon l'article 59 c.pén., le complice doit être puni de la même peine que l'auteur principal. Mais cette règle s'applique également en dehors du cercle familial.

DE 1863 A 1980 : L'EFFRITEMENT DU CHAMP DE LA SPECIFICITE.

Pendant plus d'un siècle, la répression des violences sexuelles ne subira pas de modifications notables.

La répression des actes violents - viol et attentat à la pudeur violent - telle qu'elle résultait de la loi de 1832, et qui n'avait pas été modifiée en 1863, ne le sera pas davantage durant toute cette période. La qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime était toujours une circonstance aggravante de ces deux crimes que la loi confondait et punissait de la même peine à leur encontre, alors qu'elle les distinguait à l'égard de quiconque. Les peines restaient les mêmes, hormis les changements de terminologie résultant de l'ordonnance du 4 Juin 1960 (1) modifiant d'une façon générale l'échelle des peines du code pénal : la peine sanctionnant le viol ou l'attentat violent commis par l'ascendant ou par un parent ou allié ayant autorité sur la victime devenait celle de la réclusion à perpétuité à la place des anciens travaux forcés à perpétuité.

En revanche, durant cette période, comme en 1863, la répression des actes incriminés en raison du jeune âge de la victime connaîtra quelques modifications comme conséquence, soit de dispositions spécifiques visant à élargir la protection des mineurs (ordonnances de 1945), soit de mesures plus générales qui auront l'effet inverse (loi de 1974 modifiant l'âge de la majorité).

(1) ordonnance n° 60 529.

I- ELEVATION DE L'AGE DE LA MAJORITE SEXUELLE.

L'ordonnance du 2 Juillet 1945 élevait de 13 à 15 ans l'âge jusqu'auquel les mineurs sont protégés, d'une manière générale, contre les atteintes portées à la pudeur, avec ou sans violence.⁽¹⁾

Déjà en 1832 et en 1863, des propositions avaient été présentées afin de protéger l'enfant jusqu'à 15 ans, mais elles avaient été repoussées. Si certains criminalistes avaient regretté l'élévation, en 1863, de l'âge de 11 à 13 ans (supra p.62), d'autres, pénalistes ou civilistes, jugeaient cette limite de 13 ans trop basse: *"il est difficile de croire qu'un enfant de 13 à 15 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"* (Garraud, n°2095). *"Réputée incapable de consentir au mariage qui est un acte licite, à quel titre serait-elle capable de se prêter à un acte honteux?"* (2).

En 1945, le choix de l'âge de 15 ans était précisément motivé par le désir d'harmoniser l'article 331 c.pén. avec diverses dispositions du code pénal comme l'art.332 relatif au viol et à l'attentat avec violence, l'art.355 relatif à l'enlèvement d'enfant, et du code civil comme l'art.144 qui fixe à 15 ans l'âge minimum du mariage pour les filles, admettant ainsi qu'au-dessous de cet âge l'enfant ne peut disposer librement de sa personne (Garçon, II, n°90).

(1) Ordonnance n°45 1456 du 2 Juillet 1945, J.O.2/3-7-1945, p.4010; D.1945-4-162.

(2) Daste, de la recherche de la paternité hors mariage, Toulouse, 1873, p.249.

Cette élévation de l'âge de la majorité sexuelle de 13 à 15 ans avait, selon les membres de la famille, des incidences soit simplement sur les pénalités encourues, soit sur l'étendue des faits incriminés.

Vis-à-vis des ascendants, la protection des mineurs contre tout acte impudique s'étendant déjà jusqu'à 21 ans (art.331 al.2), la nouvelle disposition n'avait d'incidence que sur la peine sanctionnant les actes commis contre les mineurs de 13 à 15 ans : dans ce cas, la qualité d'ascendant devenait une circonstance aggravante et la peine celle des travaux forcés à temps (comme c'était déjà le cas pour les moins de 13 ans auparavant), alors qu'elle restait un élément constitutif des actes commis contre les mineurs de 15 à 21 ans, actes qui continuaient d'être punis de la réclusion.

Vis-à-vis des autres membres de la famille exerçant ou non une quelconque autorité sur le mineur, les actes commis sans violence sur les mineurs de 13 à 15 ans étaient désormais incriminés comme l'étaient déjà ceux commis contre les moins de 13 ans; les actes commis avec un mineur de plus de 15 ans restaient impunis, sauf ceux de nature homosexuelle incriminés par l'ordonnance du 8 Février 1945.

II- INCRIMINATION DE L'HOMOSEXUALITE AVEC UN MINEUR.

Jusque-là, les actes d'homosexualité n'étaient pas incriminés en eux-mêmes. Des pénalistes expliquaient cela par l'idée que la répression d'un vice relève de la loi morale et non de la loi sociale, on considérait que c'était le fait de malades, de déséquilibrés nerveux (Garraud,V,n°2069).

Une loi du 6 Août 1942 a incriminé pour la première fois dans notre droit l'homosexualité (art.334). Cette disposi-

tion reprise par l'ordonnance du 8 Février 1945 (1) à l'art. 331 al.3, ne concernait pas l'homosexualité d'une manière générale, mais punissait uniquement d'une peine de 6 mois à 3ans de prison *"quiconque aura commis un acte impudique ou contre-nature avec un individu de son sexe mineur de 21 ans"*. On présentait la loi comme une mesure de protection de la moralité de la jeunesse.

La loi précisait *"sans préjudice des peines plus graves prévues par les alinéas qui précèdent"*, ce qui donnait à l'al.3 un caractère tout à fait subsidiaire. Il ne devait pas y avoir violence, sinon c'était l'art.332 relatif au viol et à l'attentat violent qui s'appliquait, et le mineur devait être âgé de plus de 15 ans, sans quoi l'infraction constituait le crime d'attentat à la pudeur sur mineur de moins de 15 ans de l'art.331 al.1.

Si l'auteur des actes impudiques était un ascendant du mineur, le texte ne s'appliquait que dans le cas où le mineur était émancipé par le mariage, sinon l'infraction constituait le crime spécifique d'attentat sans violence sur mineur de plus de 15 ans, non émancipé, par ascendant, prévu par l'art.331,al.2.

Pratiquement, la nouvelle incrimination concernait surtout des actes accomplis sans violence par des personnes autres qu'un ascendant, avec un mineur de leur sexe âgé de plus de 15 ans. Dans le cercle familial, cela pouvait s'appliquer par exemple aux rapports homosexuels entre deux frères ou deux soeurs, dont l'un ou l'une au moins était mineur(e) de plus de 15 ans.

Ainsi, alors que les rapports sexuels "normaux" entre frères et soeurs de plus de 15 ans n'étaient passibles d'aucune

(1) Ordonnance n°45 190 du 8 Février 1945, J.O.9-2-1945, p.650; D.1945-45.

peine, les rapports homosexuels entre deux frères ou entre deux soeurs mineur(e)s de plus de 15 ans constituaient un délit correctionnel. Cet exemple montre que la distinction faite par la loi entre actes hétérosexuels et homosexuels qui, d'une façon générale, pouvait paraître contestable car discriminatoire, conduisait à des disparités absurdes dans le cadre familial : *"les rapports de deux frères ou de deux soeurs n'y sont, en effet, sur le plan moral, ni plus ni moins condamnables que ceux des frères et soeurs; ils ne sont, sur le plan de l'équilibre familial, ni plus ni moins perturbateurs; enfin, et sur le plan social, les rapports homosexuels devraient, finalement, être réputés plutôt moins dangereux que les rapports hétérosexuels, dans la mesure où ils ne créent pas, au moins, le risque de donner naissance à des enfants incestueux."*(1).

Avec cette nouvelle disposition, les ascendants n'étaient plus les seuls à pouvoir être poursuivis pour des actes de nature sexuelle commis sans violence sur les mineurs de plus de 15 ans. La protection à leur égard n'était plus spécifique que pour les actes hétérosexuels puisque les pratiques homosexuelles étaient désormais incriminées à l'égard de quiconque. Toutefois, la peine encourue dans ce cas était moindre et par ailleurs, la loi ne parlait pas d'acte impudique ou contre-nature commis sur la personne d'un individu de son sexe, mais avec un individu de son sexe : les deux protagonistes étaient considérés comme les co-auteurs d'un même délit et pouvaient être poursuivis ensemble, ce qui n'était jamais le cas pour les autres attentats à la pudeur. La peine était applicable aux deux mineurs qui commettaient ensemble l'acte incriminé (2).

(1) M.L.Rassat, JCP 1974, I, 2614.

(2) R.Vouin, Droit pénal spécial, 1968, t. I, n° 300.

III- REFORME DU DELIT D'EXCITATION DE MINEUR A LA DEBAUCHE.

La loi du 13 Avril 1946 (1) qui a fermé les maisons de tolérance (mais non les maisons de rendez-vous) distinguait le proxénétisme (activité professionnelle ou quasi-professionnelle) et l'excitation à la débauche (en dehors de toute activité professionnelle).

La peine pour proxénétisme était aggravée (2 à 5 ans de prison contre 6 mois à 3 ans en cas de proxénétisme simple) si le délit était commis à l'égard d'un mineur, même émancipé, quelle que soit la qualité de l'auteur, ou bien, quel que soit l'âge de la victime, si l'auteur du délit était le père, la mère, le tuteur ou appartenait à l'une des catégories énumérées par l'article 333 (et non plus celles chargées de la surveillance du mineur). Cette circonstance aggravante pouvait donc s'appliquer largement à tous les membres de la famille exerçant une autorité de droit ou de fait sur la victime. Le concours de plusieurs circonstances aggravantes n'ajoutant rien à la peine, les père et mère qui livraient à la prostitution leur enfant n'encouraient pas une peine aggravée en raison de sa minorité.

La peine prévue pour le proxénétisme aggravé (2 à 5 ans de prison) sanctionnait l'excitation de mineur à la débauche, sans distinguer les parents des autres personnes. Etait puni *"quiconque aura attenté aux moeurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans ou même occasionnellement des mineurs de 16 ans"* (art.334 bis al.2, devenu art.334-1). Le législateur établissait donc par rapport à cette infraction, deux minorités définissant deux délits : la

(1) D. 1947-69.

condition d'habitude n'était désormais exigée que si la victime était âgée de 16 à 21 ans. Les actes les plus fréquemment relevés dans les arrêts sont : l'admission de mineurs dans les maison de tolérance; la fourniture d'un local en vue de la débauche ou toutes facilités données aux uns pour satisfaire leurs désirs à l'égard des autres; l'accomplissement, en présence de mineurs, soit de l'acte sexuel, soit d'un quelconque acte obscène; l'organisation de parties au cours desquelles les mineurs présents sont alternativement les acteurs et les témoins du spectacle (R.Vouin n°323).

Avec cette réforme, les qualités de père, mère ou celle de personne ayant autorité, n'aggravaient donc effectivement la peine que s'il y avait proxénétisme à l'égard d'un majeur; Si la victime était mineure, la peine du proxénétisme déjà aggravée à l'égard de quiconque en raison de l'âge de la victime, ne l'était pas davantage en raison de la qualité de l'auteur. Quant à l'excitation à la débauche, la loi distinguait désormais selon l'âge (plus ou moins de 16 ans) de la victime et non plus selon la qualité de l'auteur qui cessait d'être une circonstance aggravante, y compris la qualité de parents.

IV- ABAISSMENT DE L'AGE DE LA MAJORITE CIVILE.

La loi du 5 juillet 1974 (1) abaissait de 21 à 18 ans l'âge de la majorité civile.

Il y avait donc modification implicite des textes d'incrimination où les termes majeur ou mineur étaient employés: ainsi dans l'article 331 al.2 sanctionnant l'attentat à la pudeur sans violence par ascendant sur mineur même âgé

(1) loi n°74-631 du 5-7-1974, J.O.7-7-1974, p.7099.

de plus de 15 ans. Désormais, l'ascendant n'est punissable que pour les attentats commis sans violence contre son descendant âgé de 15 à 18 ans et non plus de 15 à 21 ans. Les actes accomplis sans violence entre ascendant et descendant de plus de 18 ans n'encourent aucune peine.

En outre, la loi de 1974 modifiait expressément divers articles du code pénal.

Dans l'art.331 al.3 (actes impudiques ou contre-nature avec un individu du même sexe mineur) elle supprimait les mots de "21 ans" : l'homosexualité avec une personne, et notamment un parent ou allié, âgée de 18 à 21 ans, cessait de constituer un délit; ces actes n'étaient désormais répréhensibles qu'avec un mineur de 15 à 18 ans.

Dans l'art.334-1,al.2 (excitation de mineur à la débauche) la loi substituait l'expression "âge de la majorité" à celle "d'âge de 21 ans" : l'excitation à la débauche d'une personne agée de 18 à 21 ans ne constituait donc plus un délit.

De la combinaison de ces diverses modifications législatives, résultait un rétrécissement du champ de la spécificité, déjà toute relative, de la répression contre les ascendants, par rapport au droit commun. Rétrécissement quant aux personnes protégées, quant aux actes incriminés, ou quant aux pénalités.

Quant aux personnes protégées : du fait de l'élévation de la majorité sexuelle à 15 ans, limite en-dessous de laquelle l'enfant est désormais protégé contre tout agissement d'ordre sexuel commis par quiconque, et de l'abaissement de la majorité civile à 18 ans, l'étendue de l'incrimination spécifique aux ascendants de l'art.331 al.2, diminuait progressivement passant de 13 à 21 ans en 1863, à 15-21 ans en 1945, puis 15-18 ans en 1974.

Quant aux actes incriminés : depuis la répression de l'homosexualité avec un mineur, l'incrimination des actes commis par l'ascendant contre son descendant âgé de 15 à 18 ans, n'était plus spécifique que pour ceux de nature hétérosexuelle, les actes homosexuels étant réprimés quel que soit l'auteur.

Quant aux pénalités : depuis 1946, la qualité de père ou de mère n'était plus une circonstance aggravante du délit d'excitation de mineur à la débauche, délit puni de 2 à 5 ans de prison, quel que soit l'auteur.

Cette tendance à une moindre prise en compte du lien familial dans la répression des violences sexuelles s'accentuera avec la loi de 1980.

L'AUTORITE PARENTALE, UNE SOURCE D'ABUS DE POUVOIR COMME
LES AUTRES : LA LOI DU 23 DECEMBRE 1980.

Dans les années 1970, et surtout après 1975, la violence sexuelle est devenue un "problème social" à l'initiative des mouvements de femmes (1). Les premières actions concernaient moins la loi que les procès pour viol (2) : on dénonçait à la fois la transformation de la victime en accusée et la faiblesse de la répression, conséquence de la pratique judiciaire fréquente de la correctionnalisation, c'est-à-dire de la déqualification du crime de viol en délit de coups et blessures, voire d'outrage public à la pudeur. Cette pratique avait été dénoncée publiquement à l'occasion d'une affaire concernant le viol de deux campeuses en 1974, jugée par la cour d'assises des Bouches du Rhône (3).

L'augmentation du nombre des viols, du moins des viols constatés (tableau); la sensibilisation de l'opinion suite au débat public; la déficience du dispositif juridique (définition jurisprudentielle restrictive du viol, déqualification, traitement de la victime au cours du procès); l'inadaptation de la loi aux mœurs de notre époque, tout cela "a conduit le législateur à s'interroger sur les aménagements à apporter à la répression pénale du viol, crime qui pour être sévèrement réprimé en droit, est largement impuni dans les faits" (4).

Issue de plusieurs propositions parlementaires visant, à l'origine, à modifier la répression du viol seul, la loi

(1) "manifeste contre le viol"; "10 heures contre le viol" à la Mutualité en Juin 1976.

(2) Contre le viol. Le procès d'Aix. Choisir, 1978.

(3) Rapport Tailhades n°442, Doc. Sénat, 2° session 1977-78, 15/6/78, p.7.

(4) Rapport Massot n°1400, Doc. Ass. Nat., 1° session 1979-80, 14/11/79, p.3.

de 1980, discutée d'Avril 1978 à Novembre 1980, a finalement réformé l'ensemble des articles 331 à 333 du code pénal (1).

Concernant les incriminations, la loi se caractérise essentiellement par une modification du contenu des incriminations préexistantes de viol et d'attentat à la pudeur, conséquence de la définition légale plus extensive du viol. Plus spécifiquement, non seulement la loi ne fait pas de l'inceste un délit spécial, mais elle étend l'infraction d'attentat sans violence sur mineur de plus de 15 ans des seuls ascendants aux personnes investies d'une autorité sur la victime.

Pour ce qui est des pénalités, la loi les atténue d'une façon générale et place la circonstance aggravante d'ascendance ou d'autorité sur le même plan que les autres circonstances aggravantes, ce qui la rend, de fait, ineffective lorsqu'il y a cumul de telles circonstances.

nombre de plaintes et de condamnations pour viol
(Ministère de la Justice).

	PLAINTES	CONDAMNATIONS
1970..	1 038	290
1971..	1 175	281
1972..	1 417	323
1973..	1 507	337
1974..	1 538	249
1975..	1 589	323

(1) Loi n°80-104 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats à la pudeur, J.O. 24/12/80, 3028.

I- NON-INCRIMINATION DE L'INCESTE.

1- Absence de débat parlementaire sur l'inceste.

Le terme "inceste" ne figure pas plus qu'avant dans le code pénal. A la lecture des débats parlementaires, il ne semble pas que la question d'une incrimination spécifique d'inceste se soit posée. Les relations incestueuses restent donc appréhendables indirectement par le biais des infractions de droit commun que sont le viol et l'attentat à la pudeur avec ou sans violence, c'est-à-dire comme les relations sexuelles en général, en raison de la violence exercée ou du jeune âge de la victime. Les relations sans violence entre parents ou alliés majeurs restent en dehors du champ pénal.

Les seuils d'âge ont été maintenus, d'une façon générale, à 15 ans pour les actes hétérosexuels et à 18 ans, du moins jusqu'en 1982, pour les actes homosexuels.

La loi de 1980 reprend donc en les réaménageant, les infractions existantes de viol et d'attentat à la pudeur en distinguant : le viol (art.332); l'attentat à la pudeur sur mineur de 15 ans (art.331); l'attentat à la pudeur sans violence sur mineur de plus de 15 ans non émancipé par le mariage (art.331-1); l'attentat à la pudeur avec violence sur une personne autre qu'un mineur de 15 ans (art.333); et jusqu'en 1982, l'homosexualité avec un mineur de 15-18ans (art.331,al.2).

Des critiques s'étaient pourtant élevées contre ces limites d'âge.

Antérieurement à la loi, des juristes avaient souhaité un abaissement de l'âge de 15 à 13 ans : *"dans l'hypothèse de la minorité, l'âge de 13 ans nous paraît devoir être substitué à celui de 15 ans pour une double raison. La première est*

que la perspective à retenir avant tout est celle de l'auteur. Or il est clairement établi que l'individu capable d'imposer des rapports sexuels à un mineur de 13 ans est quelque'un de manifestement dangereux ce qui n'est pas nécessairement vrai au-delà de cet âge. La seconde est que la maturité plus rapide et souvent signalée des adolescents permet de penser qu'un enfant de plus de 13 ans est aujourd'hui dans la majorité des cas capable de comprendre la signification d'agissements d'ordre sexuel"(1). Une telle modification ne semble pas avoir été envisagée lors de la discussion de la loi.

En revanche, certaines des propositions de loi demandaient la suppression du délit d'homosexualité avec un mineur de 15 à 18 ans en raison de son caractère discriminatoire, et la question a été assez vivement débattue. Adoptée au sénat au motif que "*l'opinion publique accueillant les informations en matière sexuelle avec plus de calme et, par là même, plus de maturité, il a été jugé possible de ne plus incriminer des pratiques qui, pour marginales qu'elles soient, ne méritent pas une sanction pénale que l'évolution des mœurs ne réclame plus*"(rapport Massot, p.13), la suppression du délit a été combattue à l'assemblée nationale, notamment par J.Foyer et N.About : "*avec ce texte sénatorial nous nous trouvions à deux pas du gouffre. Nous préférons nous arrêter au bord du gouffre*", et finalement le délit a été maintenu dans la loi de 1980. Mais pas pour longtemps puisque la loi du 4 Août 1982 devait l'abroger, de sorte que depuis cette date, les actes hétérosexuels et homosexuels commis sans violence sur ou avec un mineur de plus de 15 ans ne sont incriminés qu'à l'égard des ascendants auxquels la loi de 1980 a ajouté les personnes ayant autorité sur le mineur.

(1) Rassat, in: Aspects de la violence dans les relations sexuelles, p.128.

2- Extension aux personnes ayant autorité, de l'incrimination spécifique aux ascendants.

Depuis 1863, l'incrimination d'attentat à la pudeur sans violence sur un mineur de plus de 15 ans n'était imputable qu'aux ascendants de celui-ci. La loi de 1980 l'a étendue à "toute personne ayant autorité sur la victime" ainsi qu'à "toute personne qui a abusé de l'autorité que lui confèrent ses fonctions"(nouvel art.331-1).

S'il y a extension de l'incrimination quant aux personnes concernées, on note une baisse notable des pénalités encourues: 6 mois à 3 ans de prison contre 5 à 10 ans de réclusion criminelle avant 1980.

Cette incrimination que des auteurs avaient assimilé à l'inceste, perd donc sa spécificité puisqu'elle peut concerner quiconque exerce une autorité de droit ou de fait sur le mineur, à l'extérieur comme à l'intérieur de la famille : beau-père, oncle, frère, concubin, instituteur etc..., l'autorité devant, comme pour l'application de la circonstance aggravante en cas de viol ou d'attentat violent, être constatée par les juges. Hormis cette question de preuve, ascendants et personnes ayant autorité sur la victime sont désormais assimilés pour la répression des abus sexuels. La majorité sexuelle, normalement fixée à 15 ans, l'est à 18 ans à leur égard, à condition que le mineur ne soit pas émancipé.

Il n'y a plus trois niveaux de répression : ascendants (peines aggravées + infraction spécifique); personnes ayant autorité (peines aggravées); autres personnes (peines de base), mais deux niveaux : ascendants et personnes ayant autorité (peines aggravées + infraction spécifique) et autres personnes (peines de base). Le lien familial qui justifiait le premier niveau

est supplanté par le rapport d'autorité, même si de fait, ce rapport d'autorité recouvre bien souvent un lien familial (application de la notion d'autorité surtout au beau-père, au concubin, à l'oncle), et permet donc d'appréhender d'autres formes de relations incestueuses que celles entre ascendants/descendants explicitement prévues par la loi. Cette assimilation des personnes ayant autorité aux ascendants s'est probablement faite pour que cesse l'impunité dont jouissaient notamment le second mari ou le concubin de la mère pour les actes commis sans violence à l'égard de la belle-fille âgée de 15 à 18 ans. On a voulu prendre en compte l'évolution des situations familiales : remariages, concubinages.

La loi de 1980 précise "ascendants légitimes, naturels ou adoptifs" ce qui consacre l'interprétation jurisprudentielle du terme ascendant. Cette définition de l'ascendant et l'assimilation des personnes ayant autorité aux ascendants montrent bien que la loi ne prend pas tant en compte la consanguinité, ni le lien familial, qu'un lien de responsabilité et d'autorité, et ce qu'elle sanctionne c'est un abus de cette autorité. Sont punis tous les abus d'autorité et pas seulement ceux des ascendants: *"l'inceste est davantage considéré comme l'expression sexuelle d'un abus de pouvoir plutôt que comme la sexualisation excessive et condamnable de relations intra-familiales"*(1);

L'extension de cette incrimination en 1980 jointe à la suppression du délit d'homosexualité en 1982, fait que l'incrimination des relations incestueuses ou non, avec un mineur de 15-18 ans, ne se fait plus en fonction de leur nature homo ou hétérosexuelle, mais en fonction de l'existence ou non d'un rapport d'autorité entre les partenaires. Dans la fratrie, il n'y a plus de distinction selon que les relations ont lieu entre un frère et une soeur ou entre 2 frères ou 2 soeurs, mais selon que l'un(e) des deux exerce ou non une autorité sur l'autre, mineur de 15-18 ans.

(1) F.Glowacz, Cahiers critiques de thérapie familiale, 1989, p.22

II- DEFINITION LEGALE DU VIOL.

Jusque-là, le code ne définissait pas le viol. Rompant avec cette longue tradition, la loi de 1980 définit légalement le viol comme *"tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence contrainte ou surprise"* (nouvel art.332).

Cette définition légale est plus large que celle donnée, jusqu'ici, par la doctrine et la jurisprudence qui considéraient qu'il y avait viol uniquement quand un homme imposait à une femme une conjonction sexuelle "normale", c'est-à-dire vaginale.

1- Extension quant aux actes incriminés comme viol.

La nouvelle définition comprend, comme avant, le coït imposé par un homme à une femme. Mais, en outre, elle a permis à la jurisprudence d'englober dans la qualification de viol des pratiques sexuelles autres que le coït vaginal et considérées jusque-là comme attentats à la pudeur, telles que la sodomie (crim.21 Avril 1982, Bull.99; crim.4 Juin 1982, Bull.148; C.A.Rouen 24 Août 1983, RSC 1983, p.667, note Levasseur) la fellation (crim.2 Juin 1981, Bull.183; crim.22 Février 1984, Bull.71) ; l'intromission d'un doigt ou d'un objet quelconque dans le vagin de la femme ou l'anus de l'homme ou de la femme (crim.4 Janvier 1985, Bull.10). Certains de ces actes avaient d'ailleurs été considérés, lors des débats parlementaires, comme entrant dans la nouvelle définition du viol (J.O.débats A.N. 11/4/80, p.326).

Ainsi, l'individu qui prend une enfant sur ses genoux, relève sa robe, embrasse ses parties sexuelles et y introduit un doigt, autrefois condamné pour attentat à la pudeur (Poitiers 5/1/1872) serait aujourd'hui un violeur. De même les parents

ayant défloré leur fille à l'aide d'un bâton (crim.23/12/1859).

Cependant, dans les années qui ont suivi la loi de 1980, de tels faits ont continué d'être jugés sous la qualification d'attentat à la pudeur s'ils avaient été commis antérieurement à 1980, et ceci en raison de la règle de non-rétroactivité de la loi pénale selon laquelle une loi instituant une nouvelle incrimination ou étendant le champ d'application d'une incrimination préexistante, ne peut s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur.

Ainsi, a été cassé (crim.28 Juillet 1981) un arrêt d'une chambre d'accusation renvoyant l'accusé devant la cour d'assises pour crime de viol alors que la seule qualification applicable au moment des faits, commis avant 1980, était celle d'attentat à la pudeur avec violence sur mineure de moins de 15 ans : l'accusé avait défloré la petite fille de sa concubine, âgée de 6 ans, par l'introduction de doigts.

De même, a été cassé (crim.29 Juin 1983) un arrêt d'une cour d'assises condamnant à 10 ans de réclusion criminelle pour viols, un père qui s'était livré sur sa fille à des actes de pénétration sexuelle au motif que les faits qualifiés *"d'introduction de sa verge...dans sa bouche et son anus, n'étaient pas alors constitutifs du crime de viol pour lequel l'accusé a été condamné"*.

Mais surtout, l'application de la nouvelle loi se heurte à des réticences de la part de certaines juridictions. Ainsi, selon une étude menée auprès du tribunal de grande instance de Nantes *"il apparaît que la pratique judiciaire locale a appliqué de manière singulièrement restrictive cette nouvelle définition du crime sexuel...En réalité, seuls le coït et -avec quelques exceptions- la sodomisation sont considérés comme actes de pénétration sexuelle. A l'inverse, la fellation*

et l'introduction de doigts ou d'objets dans le vagin ne sont pas assimilées à des pénétrations sexuelles" (1).

Sur l'ensemble des affaires instruites, constituaient des actes de pénétration sexuelle non qualifiés de viols après Décembre 1980 : 8,3% des viols sur inconnues, 16,2% des viols sur personnes connues, 4,5% des viols incestueux (graph.27,28, 29,p.186 à188).

Cette réticence à qualifier viol des pénétrations autres que vaginales se rencontre probablement dans d'autres juridictions.

2- Extension quant aux personnes visées.

Alors qu'auparavant, la victime ne pouvait être qu'une femme et l'auteur qu'un homme, désormais, victime et auteur peuvent être indifféremment homme ou femme, le viol, de par sa définition, incluant des pratiques homosexuelles comme hétérosexuelles. Entre ascendants et descendants, le viol légal ne concerne plus seulement les relations entre père/grand-père/ fille,petite-fille, mais peut s'appliquer aux relations entre père,grand-père/ fils,petit-fils ; mère,grand-mère/ fils,petit-fils ou mère,grand-mère/ fille,petite-fille.

La mère qui ne pouvait être condamnée que comme complice d'un viol ou comme auteur d'un attentat à la pudeur, peut aujourd'hui l'être comme auteur d'un viol. Ainsi une femme a été condamnée par la cour d'assises du Gard, le 28 Mai 1984, à 10 ans de réclusion criminelle pour viol aggravé et coups et blessures par mère légitime sur enfant de moins de 15 ans.

Un père coupable de sodomie sur son fils âgé de moins de 15 ans peut être condamné pour viol et non plus seulement pour attentat à la pudeur, à condition que les faits aient été commis après la loi de 1980 car sinon, là encore, intervient le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale

(1) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, Qualifié viol, éd.Méridiens Klincksieck, collection Déviance et Société, 1990,p.210;

lorsqu'elle institue une incrimination plus large. C'est ainsi que la cour de cassation par arrêt du 21 Avril 1982 (Bull.99) a cassé un arrêt de la cour d'assises des Bouches du Rhône du 21 Mai 1981 qui avait condamné un père à la peine de mort pour homicide volontaire et viols commis sur son fils âgé de moins de 15 ans : les actes de pénétration sexuelle anale avaient été commis sur l'enfant le 20 Octobre 1977, date à laquelle ils n'étaient susceptibles que de la qualification d'attentat à la pudeur.

Mais si légalement il n'y a plus de distinction, dans la répression, en fonction du sexe de l'auteur et de celui de la victime, la réalité criminelle reste la même : à l'intérieur comme à l'extérieur de la famille, les auteurs d'agressions sexuelles sont toujours essentiellement des hommes et les victimes des femmes. Le tableau fait apparaître la rareté de ce type de criminalité féminine, bien moindre que celle concernant les autres violences à enfants, ce qui montre la caractère exceptionnel de l'affaire jugée le 28 Mai 1984. Sur 29 auteurs d'abus sexuels commis dans la famille et ayant fait l'objet d'une expertise psychologique dans le cadre judiciaire on note : 15 pères, 9 beaux-pères ou concubins, 1 mère, 3 adultes de la famille, 1 adolescent de la famille (Deltaglia, p.25).

La plupart des appels reçus à la permanence téléphonique "viol, femmes, informations" et concernant des incestes sont relatifs à des incestes commis par des pères, beaux-pères, grands-pères, oncles et dans une moindre mesure des frères ou cousins proches. Pour Janvier/février 1988, sur 59 agressions sexuelles graves ou viols par inceste, 57 concernaient des filles et 2 des garçons (1).

(1) MFPPF, les viols par inceste, 1988, p.35;

Dans l'étude de dossiers judiciaires menée à Nantes de 1976 à 1984, sur 1125 victimes, 85,7% sont de sexe féminin. Les victimes de sexe masculin sont en majorité des enfants ou de jeunes adolescents. Lorsque la victime est un adulte, il est généralement en position de fragilité : détenu, malade d'hôpital psychiatrique (p.84). Dans ces cas, la sodomisation serait rarement qualifié de viol, mais d'attentat à la pudeur avec violence; la jurisprudence reconnaîtrait difficilement la qualité de viol à des attentats sur hommes sauf s'il s'agit de jeunes garçons (p.210), cas, il est vrai, le plus fréquent dans la famille.

Ministère de la justice : condamnations prononcées pour viol et pour violences envers mineur de moins de 15 ans (mauvais traitements autres que sexuels)(1).

Année	sexe des condamnés	viol sur mineur	majeur	violences mineur de < 15 ans
1984	M	43	494	447
	F	1	8	138
1985	M	72	515	463
	F	2	5	133
1986	M	82	502	466
	F	3	6	143
1987	M	94	—	—
	F	5	—	—

(--) chiffres non disponibles

(1) Deltaglia, les abus sexuels envers les enfants, cahiers du CRIV, Janv.1990, pp.27 et 29.

III- DIMINUTION GENERALE DES PEINES.

1- Etat des lieux.

Avant 1980, si les peines prévues pour viol ou attentat à la pudeur étaient élevées, elles étaient en fait peu appliquées en raison du processus de correctionnalisation du viol : dans les affaires qu'ils considéraient comme n'étant pas excessivement graves, les parquets, ignorant l'aspect sexuel, disqualifiaient souvent les crimes de viol ou d'attentat à la pudeur en délits de "coups et blessures volontaires", de "violences", voire de simples "voies de fait" et les inculpés passaient devant le tribunal correctionnel au lieu d'être renvoyés devant la cour d'assises. De ce fait, les peines encourues, dépendantes des séquelles physiques et de l'incapacité de travail souvent inférieure à 8 jours, étaient bien moindres. On justifiait cette pratique par une supposée indulgence du jury d'assises : on craignait que le jury populaire, pour éviter de prononcer des peines trop fortes, ne préfère répondre non à la question de culpabilité, même si elle était évidente, entraînant ainsi l'impunité de l'auteur (débat sénat, 22/5/1980, 2095). Mieux valait une peine relativement faible que pas de peine du tout, pensait-on.

"Les autorités chargées de l'instruction et de la poursuite, elles qui sont confrontées aux réalités du procès, savent que le doute s'insinue facilement, risquant de faire bénéficier le coupable de l'impunité totale, et ce d'autant plus que la répression est sévère et sans nuances. La peine, toujours criminelle, est en effet encourue quelle que soit la gravité de l'attentat. La sodomie est placée sur le même plan qu'un attouchement sur les organes sexuels, la simple absence de consentement ne fait pas encourir une sanction moins sévère que les sévices. C'est donc la prudence inspirée moins par le laxisme que par la difficulté de preuve inhérente à la conception de la jurisprudence ainsi que la sévérité et l'

absence de nuances de la loi qui explique la correctionnalisation. Cette pratique vise moins à minimiser la gravité des faits qu'à assurer une répression certaine en gommant les évènements constitutifs du crime pour ne laisser subsister que ceux qui répondront à une incrimination délictuelle"(1).

Cependant, la prétendue plus grande sévérité des juges professionnels ne se vérifiait pas car, à la faiblesse des peines encourues devant le tribunal correctionnel, s'ajoutait le fréquent recours aux circonstances atténuantes ou au sursis pour éviter de prononcer des peines d'emprisonnement trop longues compromettant tout espoir de réadaptation (débat A.N. 11/4/80, 323 ; Mayer, note sous crim. 23/1/81, D. 1982, 2, 288). La correctionnalisation judiciaire, justifiée par un souci d'efficacité, aboutissait finalement à la banalisation du crime de viol sanctionné comme un simple délit.

En ce qui concerne plus spécialement les viols intra-familiaux on considérait qu'environ les 2/3 des incestes portés à la connaissance de la justice étaient correctionnalisés ou classés (2). Il était courant que des attentats à la pudeur sans violence soient poursuivis du chef de "violences volontaires à enfant de moins de 15 ans" (art. 312, al. 6 c. pén.), voire "d'excitation de mineur à la débauche" (art. 334, al. 2 c. pén.), et déférés devant le tribunal correctionnel. Vers 1960, une enquête sur les "bourreaux d'enfants" se basant sur le dépouillement systématique des dossiers déférés devant le tribunal correctionnel de la Seine, montrait que 60% des prétendues affaires de coups constituaient en réalité des attentats à la pudeur sans violence (3). Cette pratique s'était par la suite étendue à certains parquets de province.

(1) J. Géronimi, "Aspects juridiques et judiciaires", in: Aspects de la violence dans les relations sexuelles, Vrin, 1979, p. 82.

(2) Compte-rendu des journées criminologiques d'Evreux, rev. pén. et de dr. pén., Avril/Juin 1973, pp. 211-219.

(3) Pouletaud, les bourreaux d'enfants, thèse, Paris, 1960.

Sur 296 dossiers de condamnés pour viol par inceste et examinés au centre national d'orientation de Fresnes de 1959 à 1963: 117 étaient frappés d'une peine de 3 à 5 ans de prison (soit 39,52%), 77 de 5 ans de réclusion (26,01%), 59 de 6 à 9 ans de réclusion (19,9%), 41 de 10 à 15 ans de réclusion (13,85%). 1 incestueux était condamné à 20 ans de réclusion criminelle et le dernier à la réclusion à perpétuité, peine prévue par l'article 333 (1), et il faut souligner que ne passaient au CNO que les condamnés ayant à subir au moins 3 années de prison ce qui relativise encore ces chiffres.

Au TGI de Nantes *"avant Décembre 1980, la grande majorité des viols commis par des ascendants ou par des hommes ayant autorité sur les victimes étaient punis des mêmes peines que ceux perpétrés sur des victimes inconnues : 5 à 7 ou 8 ans de réclusion criminelle"*. La circonstance aggravante apparaissait sans véritable incidence sur les pénalités prononcées (2).

Le ministère de la justice avait réagi en invitant en 1967, puis en 1978, par circulaires, les parquets à requérir fermement dans les affaires de viol. Des réactions s'étaient également manifestées de la part de certaines cours d'appel/ou de tribunaux correctionnels contre ces correctionnalisations judiciaires qui pouvaient paraître abusives.

Ainsi, un arrêt du T.C. d'Aix en Provence 5 Avril 1972 (Rev.sc.crim.1972,392,note Levasseur) réagissait à l'encontre de cette pratique en se déclarant incompétent pour connaître de faits qualifiés par le parquet de délit de violences à enfant alors qu'on se trouvait en réalité devant un attentat à la pudeur sans violence sur mineur de 15 ans, crime relevant de la cour d'assises.

(1) Gendrel, "les infractions contre la famille et la moralité sexuelle", rev.pén.1964,p.47;

(2) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, p.183;

L'accusé s'était livré à un attentat à la pudeur sur la personne de sa nièce âgée de 11 ans, "sans opposition" de celle-ci; le certificat médical confirmait ces faits.

Le tribunal a justement affirmé que *"les actes physiques tendant à l'accomplissement de relations intimes entre personnes de sexe différent ne représentent ni au regard de l'art.309 c.pén., ni au regard des mœurs communément admises, des blessures, coups, violences ou voies de fait"*.

En décider autrement aboutirait logiquement, dit-il, à obliger le ministère public, étant donné que le consentement de la victime est inopérant en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle, à poursuivre sous cette qualification toutes les activités d'ordre sexuel susceptibles d'entraîner, pour le partenaire consentant, douleur, contusion ou trace quelconque, aussi le tribunal estime-t-il *"qu'une telle implication et une telle qualification apparaissent absurdes logiquement et juridiquement, qu'elles ne sont pas moins insoutenables criminologiquement"*.

Le tribunal s'est déclaré incompétent, se refusant *"à masquer par une déplorable déformation des choses, les antécédents réels du prévenu et sa véritable personnalité"*.

Selon l'annotateur, cette solution doit être approuvée. *"Si l'état des mœurs est tel qu'il apparaît aujourd'hui préférable de soustraire le jugement de tels agissements à la cour d'assises ou de les punir de peines moins fortes, c'est au législateur qu'il appartient de modifier soit le catalogue des incriminations, soit la procédure à suivre, et non pas aux tribunaux de transformer la qualification légale non seulement en minimisant la gravité des faits (ce que l'on fait continuellement), mais encore en en falsifiant délibérément la nature (comme c'était le cas en l'espèce)"*.

2- Les débats parlementaires.

Considérant que la répression n'était pas une panacée (on a souvent insisté lors des débats sur la prévention, l'éducation), et qu'une pénalité excessive risquait même d'atteindre le but inverse de celui recherché, le législateur de 1980 n'a pas voulu aggraver la répression, mais l'a au contraire atténuée pour la rendre plus effective. Comme l'indiquait le rapporteur de la loi au sénat: *"il importe que la répression soit modulée. Si le glaive de la loi frappe trop durement les coupables, ceux qui doivent le manier hésiteront à s'en servir. Il n'y a rien de paradoxal à affirmer qu'une justice qui se veut excessive passe à côté de la vraie justice. La pénalité trop lourde conduit ceux qui ont à l'appliquer à l'indulgence et parfois même à la faiblesse"* (rapport Tailhades, n°442, sénat 1978, 1787).

On voulait rendre inutile la "tricherie" de la correctionnalisation judiciaire, pratique dénoncée par les protagonistes de la réforme, et éviter un trop grand décalage entre peines encourues et peines prononcées. Mais pour qu'une peine soit prononcée, encore faut-il que l'affaire soit connue de la justice et on a fait valoir qu'une peine trop élevée pouvait influencer négativement sur la décision prise par la victime de porter plainte : *"nous savons, pour autant que l'on puisse établir des statistiques que, dans près de la moitié des cas, la femme violée connaît l'homme qui la viole. Il est certain qu'elle sera prête à déposer plainte si elle pense que celui-ci encourra une peine d'une durée de 5 à 10 ans et qu'elle répugnera à le faire si elle a l'impression qu'elle va irrémédiablement gâcher la vie de son violeur, car la haine, en règle générale, ne va pas jusque-là. Je pense qu'une peine trop importante peut avoir, pour le dépôt de la plainte elle-même, un caractère dissuasif"* (Cécile Goldet, débats sénat, 22/5/80, 2094, et aussi: Paul Pillet, 2095).

La réduction des peines qui semblait, au premier abord, aller

à l'encontre de la protection de la victime, pouvait, pensait-on, finalement y contribuer : en incitant la victime à porter plainte et les magistrats et jurés à prononcer les peines, cette réduction aboutissait à ce que la loi soit mieux appliquée, plus effective et plus dissuasive.

Malgré les réserves faites par quelques parlementaires sur la réduction des peines qu'ils estimaient peu opportune (notamment Jean Foyer à la commission des lois de l'A.N. ; J.P. Mourot, débats sénat, 22/5/80, 2095), certains exprimant la crainte que la protection des mineurs de 15 ans ne soit par trop réduite (E.Aubert) et après des discussions assez animées sur l'échelle des peines, le législateur a finalement atténué la sévérité de la répression : réduction générale de la durée des peines (tableau) ; décriminalisation légale de l'attentat à la pudeur qui devient, sauf dans le cas où il est précédé ou accompagné d'actes de barbarie ou de torture, un délit correctionnel passible de peines de prison et d'amendes. Le viol est le seul acte qui reste un crime mais sa définition est plus large puisqu'il comprend des faits auparavant considérés comme attentats à la pudeur.

Alors que les peines de base sont réduites de moitié (5 à 10 ans au lieu de 10 à 20 ans ; 3 à 5 ans au lieu de 5 à 10 ans), la réduction des peines est plus importante à l'égard des ascendants et personnes ayant autorité : la peine de l'attentat violent, qui comme celle du viol, était la réclusion à perpétuité devient une peine de 5 à 10 ans de prison, celle de l'attentat non violent sur mineur de plus de 15 ans passe de 5 à 10 ans de réclusion criminelle à la prison de 6 mois à 3 ans.

Il y a donc rapprochement entre le montant des peines simples et des peines aggravées par suite du lien unissant l'auteur et la victime.

VIOL ET ATTENTATS A LA PUDEUR : PEINES ENCOURUES .

Infraction	<u>Avant 1980</u>		<u>Depuis 1980</u>	
	quiconque	Ascendant/ autorité	quiconque	Ascendant/ autorité
viol sur < 15 ans > 15 ans	20 ans RC 10-20 RC	RC perpét. RC perpét.	10-20 RC 5-10 RC	10-20RC 10-20RC
APV sur < 15 ans > 15 ans	10-20 RC 5-10 RC	RC perpét. RC perpét.	5-10 prison 3-5 prison	5-10 prison 5-10
AP sur < 15 ans 15-18	5-10 RC —	10-20 RC 5-10 RC(1)	3-5 prison —	5-10 prison 6 mois à 3ans. (2)

(1) ascendants seuls

(2) ascendants et personnes ayant autorité

RC : réclusion criminelle

APV : attentat à la pudeur violent

AP : attentat à la pudeur sans violence

3- Effectivité ou ineffectivité de la nouvelle loi?

La réforme rapprochait le texte de loi de la réalité judiciaire antérieure à 1980. Pour autant, il ne semble pas que les nouvelles peines soient effectivement prononcées : *"théoriquement, la nouvelle législation pénale aurait dû permettre une adéquation entre les peines définies par le législateur et celles réellement appliquées. Or, en guise d'adéquation, se produisit un nouveau décalage entre les seuils légaux et les peines prononcées. La tendance à l'abaissement des sanctions par rapport à la loi pénale perdura"*(1).

A la permanence téléphonique *"Viols, Femmes, Information"*, près de 800 appels reçus depuis Mars 1986 émanaient de femmes ayant subi ou subissant des viols par inceste. Moins de 30% ont été portés à la connaissance de la justice et parmi ceux qui ont fait l'objet d'un procès, aucun n'a entraîné de condamnation atteignant les 10 ans de réclusion applicables au viol (Actes, n°70, 1990, p. 9).

Comme avant 1980, la circonstance aggravante d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime semble avoir assez peu d'incidence sur les pénalités en raison de l'octroi fréquent des circonstances atténuantes (1).

La déqualification/correctionnalisation du crime de viol a-t-elle cessé depuis la loi de 1980 ?

On avait fait remarquer (Vouin, Rassat, p.466) qu'au contraire, avec la nouvelle loi, la correctionnalisation légale de l'attentat à la pudeur constituait une facilité pour la correctionnalisation judiciaire du viol, compte-tenu de la parenté des éléments matériels des deux infractions, puisque si l'attentat n'est pas un viol, le viol est nécessairement un attentat à la pudeur.

De plus, la suppression dans l'article 332 du mot "crime" (on a remplacé "constitue le crime de viol" par "constitue

(1) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, p.181-183

un viol" au motif que cette précision était inutile puisque la sanction était de nature criminelle) rend moins visible la spécificité du viol, seul attentat aux moeurs encore considéré comme un crime, et peut faciliter l'assimilation de l'un aux autres.

On a vu que certaines juridictions d'instruction, interprétant restrictivement la définition du viol, avaient tendance à disqualifier en attentat à la pudeur les actes de pénétration sexuelle autres que le coït vaginal et ce, d'autant plus si la victime est de sexe masculin. Cette tendance à voir dans le viol un "outrage à la féminité" serait partagée par les victimes masculines qui seraient favorables à la déqualification: *"à l'humiliation propre au viol s'ajoute, pour les hommes, un sentiment d'humiliation supplémentaire, celui d'avoir subi une agression "normalement" réservée aux femmes, liée "aux risques" de la condition féminine telle que la comprend la société. D'où l'impossibilité psychologique pour un homme d'assumer le viol dont il a été victime" (1).*

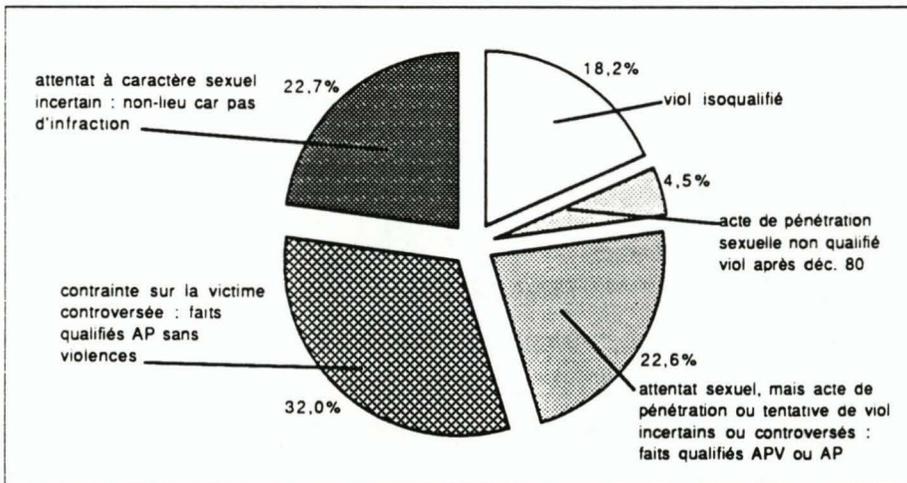
Quoi qu'il en soit, dans ces juridictions, tout se passe alors comme si la loi n'avait rien changé quant aux actes incriminés comme viol et quant aux personnes visées. Cependant, dans le cadre familial, les victimes sont essentiellement de jeunes enfants et ces actes, notamment la sodomie, sont plus facilement reconnus comme viols lorsqu'ils sont commis à l'encontre de jeunes garçons.

Mais on observe d'autres formes de déqualifications. La décriminalisation légale de l'attentat à la pudeur sans violence par ascendant aurait pour conséquence la correctionnalisation de viols incestueux déqualifiés en attentats à la pudeur : 19% des affaires évoquées par le tribunal correctionnel de

(1) O.Dhavernas, Actes n°70, 1990, pp.44-46

Nantes concernaient des viols incestueux déqualifiés en attentat à la pudeur sans violence (1).

Selon la même étude, "les viols commis dans la cellule familiale sont les plus déqualifiés de tous. Le % des viols incestueux isoqualifiés n'est que de 18%. 1 fois sur 5 la réalité d'un attentat est reconnue mais la nature des actes sexuels est controversée. Près d'une fois sur 3 (32%) le viol est déqualifié en attentat sans violence car la contrainte sur l'enfant n'est pas établie. Dans 22% des cas, c'est l'existence même d'un attentat sexuel qui est mise en doute"(p.187).



Viols incestueux: faits qualifiants et non qualifiants à l'issue des procédures.

L'abus d'autorité paternelle, non accompagné de violences physiques graves, est plus ou moins pris en compte, ce qui explique la déqualification en attentat sans violence : "deux tendances opposées coexistent dans la pratique judiciaire quand il s'agit de définir l'intention coupable d'un ascendant obtenant de sa fille (ou de son fils) des relations sexuelles

(1) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, pp.176-177

sans user de violences physiques majeures au moment des rapports incestueux. La première tient compte de l'existence d'un climat de violence dans la famille pour caractériser la contrainte morale exercée sur la victime. Elle qualifie les faits de viols lorsque la peur de représailles ultérieures explique la faible résistance de l'enfant. Elle considère alors que l'intempérance de l'auteur, la terreur qu'il exerce sur son entourage sont indissociables de ses pratiques sexuelles, et qu'en conséquence l'homme ne saurait assimiler l'absence de réaction de l'enfant à un consentement. La seconde tendance occulte la peur inspirée par le chef de famille. Elle prend en compte les seuls comportements de l'ascendant et de la victime au moment des relations sexuelles, ce qui a pour corollaire la négation de la violence morale exercée sur les enfants et la déqualification de nombreux viols en attentats à la pudeur" (p.204).

La cour de cassation a désapprouvé ces pratiques qualificatoires contraires à la loi, notamment dans un arrêt de la ch.crim.22 Février 1984 (RSC.1985,81,note Levasseur).

Deux individus avaient essayé d'abuser de la dame J. Les faits poursuivis sous la qualification d'outrage public à la pudeur et de coups et blessures avec préméditation avaient été requalifiés par la cour d'appel de Pau d'attentat à la pudeur avec violence. Sur pourvoi d'un des deux individus, la chambre criminelle a cassé la décision estimant qu'il y avait eu crime de tentative de viol et non pas délit d'attentat à la pudeur et qu'en conséquence, la cour d'appel était incompétente pour connaître de cette affaire. L'annotateur soulignait qu'aux stades successifs de l'instruction, du jugement et du pourvoi en cassation, des agissements non contestés avaient donné lieu à trois qualifications différentes. La cour de cassation marquait ici son souci de réagir contre les correctionnalisations abusives du viol. elle a fait de même par décision du

3 Avril 1984 en cassant un arrêt d'une chambre d'accusation qui avait qualifié d'attentat à la pudeur avec violence sur mineure de moins de 15 ans, une fellation imposée à une fillette, faits constituant le crime de viol.

IV- LA NATURE INCESTUEUSE DES RELATIONS : UNE CIRCONSTANCE AGGRAVANTE COMME LES AUTRES.

En l'absence de délit spécifique d'inceste, le lien d'ascendance ou d'autorité reste une circonstance aggravante du viol, de l'attentat violent et de l'attentat non violent sur enfant de moins de 15 ans. Mais depuis 1980, l'incidence de cette circonstance aggravante sur la peine est, dans certains cas, ineffective.

Depuis 1810, il existait une certaine hiérarchie entre les diverses circonstances aggravantes : le lien d'ascendance augmentait encore plus les peines du viol et de l'attentat à la pudeur déjà aggravées en raison du jeune âge de la victime. La loi de 1980 ne distingue plus entre les circonstances aggravantes. La peine est la même que les circonstances aggravantes soient inhérentes à la victime (mineur de 15 ans, personne particulièrement vulnérable); à l'auteur des faits (ascendant, personne ayant autorité); ou à l'accomplissement de l'acte (pluralité d'auteurs, menace d'une arme). De ce fait, la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité n'aggrave effectivement la peine qu'en l'absence d'autres circonstances aggravantes, sinon elle n'ajoute rien et notamment si la victime est un mineur de 15 ans.

Ainsi, le nouvel article 332 al.3 punit le viol "de la réclusion criminelle à temps de 10 à 20 ans lorsqu'il aura été commis soit sur un mineur de 15 anssoit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la victime ou par une personne

ayant autorité sur elle".

De même l'article 331 al.3 punit de 5 à 10 ans de prison "l'attentat à la pudeur sur un mineur de 15 ans commis ou tenté soit avec violencesoit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la victime ou par une personne ayant autorité sur elle".

-- Le viol d'un mineur de 15 ans est donc, de fait, puni de la même peine quel que soit l'auteur (10 à 20 ans de réclusion criminelle). De même pour l'attentat violent (5 à 10 ans de prison). Les peines déjà aggravées en raison de l'âge de la victime, ne le sont pas davantage en raison du lien de paternité ou d'autorité (tableau, supra p106).

-- En revanche, si la victime a plus de 15 ans, les peines du viol et de l'attentat violent sont effectivement doublées si l'auteur est un ascendant ou une personne ayant autorité: 10 à 20 ans de réclusion criminelle au lieu de 5 à 10 ans pour le viol; 5 à 10 ans de prison au lieu de 3 à 5 ans pour l'attentat violent.

-- En cas d'attentat à la pudeur non violent sur mineur de 15 ans, la peine est également doublée : 5 à 10 ans de prison au lieu de 3 à 5 ans.

Si le mineur est âgé de 15 à 18 ans, les faits ne sont réprimés (6 mois à 3 ans de prison) que si l'auteur est un ascendant ou une personne ayant autorité. A l'égard de toute autre personne et notamment des parents ou alliés non investis d'une autorité sur la victime, il y a impunité, y compris depuis 1982 pour les actes homosexuels.

L'incidence, sur la répression, du lien de paternité ou d'autorité apparaît donc surtout effective si la victime a plus

de 15 ans puisqu'il y a alors, soit doublement de la peine, soit incrimination spécifique. En-dessous de cet âge, elle ne l'est qu'en cas d'attentat non violent.

Cette évolution avait déjà été constatée pour les délits de proxénétisme et d'excitation de mineur à la débauche. Depuis la réforme de 1946 (supra p.85) dont les dispositions ont été reprises dans une loi du 2 Février 1981 (art.334-1 et 334-2 c.pén.) :

-- En cas de proxénétisme, la qualité de père, mère, tuteur, personne ayant autorité est une circonstance aggravante. Mais par le jeu du cumul des circonstances aggravantes, la peine est effectivement plus grave à leur encontre uniquement si la victime est majeure.

-- En cas d'excitation à la débauche, la qualité de l'auteur n'est plus une circonstance aggravante; à l'égard des parents comme de quiconque, les peines sont celles du proxénétisme aggravé, lesquelles avaient été considérablement augmentées en 1975, passant de 2 à 10 ans de prison au lieu de 2 à 5 ans sous la loi de 1946.

Avec les nouvelles technologies, on voit apparaître de nouvelles modalités de commission de ce délit. C'est ainsi que le 7 Février 1990 comparait devant la cour d'assises du Rhône un couple de parents inculpés de "viols aggravés et excitation de mineurs à la débauche". L'homme et la femme se livraient à des ébats avec leurs trois garçonnetts; faisant commerce des cassettes vidéo filmées dans ces conditions, ils fixaient rendez-vous à leurs clients par minitel. Au racolage dans les maisons de tolérance, a succédé le racolage sur voie télématique (Le Monde, 17/2/90).

La loi de 1980 amène donc une diminution de la spécificité de la répression notamment vis-à-vis des ascendants, au niveau des incriminations par extension de la protection du mineur à l'égard des personnes ayant autorité sur lui, et au niveau des pénalités par réduction de l'incidence réelle de la circonstance aggravante liée à la qualité de l'auteur et par rapprochement entre peines de base et peines aggravées.

La loi du 10 Juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance (1) prévoit, en revanche, une mesure prenant en compte le lien auteur/victime : les victimes de viol par inceste ou par personne ayant autorité sur elles peuvent porter plainte dans un délai de 10 ans à partir de leur majorité, donc jusqu'à l'âge de 28 ans, et non plus à partir des faits (nouvel al. à l'art.7 CPP).

"Cette modification est très intéressante dans sa signification concrète et symbolique...L'abus sexuel est toujours doublé d'un abus de pouvoir...abus qui réduit l'enfant au silence et permet aux criminels et à ceux qui préfèrent ne pas voir les souffrances des enfants, de parler de fantasmes ou d'affabulations, lorsque ceux-ci racontent ce qu'ils subissent. En prolongeant les délais de prescription, notre société reconnaît ces mécanismes, rend la parole aux victimes en leur laissant du temps pour sortir de leur enfermement" (VFI 1989,p.3).

Le ministre de la justice était opposé à cette disposition, estimant qu'elle pouvait donner de faux espoirs aux femmes qui, 10 ou 20 ans après les faits, ne pourront prouver ce qu'elles avancent, d'où le risque de jugements de relaxe difficiles à accepter pour ces jeunes femmes (Actes n°70, 1990,p.10). C'est grâce à cet amendement qu'une jeune femme a pu porter plainte contre son père en réponse au procès en diffamation qu'il avait formé contre elle à la suite d'une émission télévisée où elle l'avait accusé d'inceste.

PROJET DE CODE PENAL.

La tendance à une moindre différenciation de la répression des abus sexuels en fonction du lien unissant l'auteur et la victime, se confirme à la lecture du projet de nouveau code pénal (1) tant au niveau des incriminations qu'à celui des pénalités (tableau).

-- L'inceste n'y est toujours pas mentionné et ne constitue pas une infraction spécifique.

-- L'attentat sans violence sur mineur de plus de 15 ans par ascendant ou, depuis 1980, par personne ayant autorité, disparaît : "l'atteinte sexuelle exercée sans violence", formule qui remplace l'actuel "attentat à la pudeur sans violence", n'est incriminée que si la victime est un mineur de 15ans (art.227-18), y compris à l'égard des ascendants. Le lien d'ascendance ou d'autorité cesse d'être un élément constitutif d'une infraction spécifique et l'âge de la majorité sexuelle est le même à l'égard de tous (15 ans). Passé cet âge, les relations sans violence entre un père et sa fille ne relèvent plus du droit pénal, comme c'est déjà le cas après 18 ans.

En 1980, il y a uniformisation entre ascendants et personnes ayant autorité par extension de la répression à ces dernières, donc incrimination possible d'autres formes de relations incestueuses entre majeur et mineur de 15-18 ans, que celles directement visées par la loi.

Avec le projet de code pénal, il y aurait uniformisation entre ascendants/personnes ayant autorité et toute autre personne par suppression de la répression et donc non-incrimination de toute relation incestueuse sans violence entre majeur et mineur de 15-18 ans.

(1) Projet de nouveau code pénal, présenté par R.Badinter, Dalloz, 1988.

-- Le projet prévoit un nouvel abaissement des peines des agressions sexuelles autres que le viol, le minimum des peines encourues devenant le maximum. Les peines du viol restent les mêmes, sauf celle du viol par ascendant sur personne de plus de 15 ans dont le plafond est fixé à 15 ans de réclusion criminelle (contre 20 ans actuellement), ce qui la rapproche de la peine encourue par toute autre personne pour le même crime (10 ans de réclusion).

-- La qualité de l'auteur continue d'être une circonstance aggravante du viol et des autres agressions sexuelles (actuels attentats à la pudeur violents). On opère à nouveau une hiérarchisation entre les diverses circonstances aggravantes, mais celle tenant à la qualité de l'auteur (ascendant, personne ayant autorité) se retrouve, non pas comme avant 1980 en haut, mais en bas de l'échelle, aggravant moins les peines de base que les conditions de commission de l'infraction ou la qualité de la victime (mineur de 15 ans, personne vulnérable). Il en résulte que le maximum de la peine encourue pour viol d'un mineur de 15 ans est le même (20 ans de réclusion) quel que soit l'auteur.

-- En revanche, la qualité de l'auteur n'est plus une circonstance aggravante en cas "d'atteinte sexuelle exercée sans violence sur un mineur de 15 ans" : le projet sanctionne de 2 ans de prison cette infraction sans prévoir d'aggravation pour l'ascendant : le père incestueux encourt donc cette peine de 2 ans au lieu des 10 ans de prison actuels, la réduction de peine étant alors plus importante qu'à l'égard des autres personnes qui encouraient un maximum de 5 ans;

Toute distinction en fonction du lien auteur/victime disparaît ainsi en matière "d'atteinte sexuelle exercée sans violence" : si la victime est un mineur de 15 ans, le majeur, quel qu'il soit, encourt 2 ans de prison; après 15 ans il y a impunité.

PROJET DE CODE PENAL.

Infraction	quiconque	ascendant/autorité
<u>viol</u> < 15 ans > 15 ans	20 ans RC 10 ans RC	20 ans RC 15 ans RC
<u>Autres agressions sexuelles</u> < 15ans > 15ans	5 ans prison 3 ans prison	7 ans prison 5 ans prison
<u>Atteintes sexuelles sans violence</u> < 15 ans > 15 ans	2 ans prison impuni	2 ans prison impuni

la loi indique le maximum de la peine encourue.

DEUXIEME PARTIE

LES ABUS SEXUELS ENTRE CONJOINTS

L'INCOMPATIBILITE DES QUALITES DE MARI ET DE VIOLEUR.

Avant 1980, la loi incriminait le viol sans le définir. *"Cette absence de définition légale ne paraissait gêner personne tellement il était évident dans toutes les civilisations que le viol était un acte de violence masculine naturelle, la manifestation brutale d'une exigence de l'homme sur la femme privée de la libre disposition de sa personne"*(1).

Devant ce silence de la loi, doctrine et jurisprudence devaient jouer un rôle important.

Dans l'ancien droit, les auteurs définissaient le viol comme *"toute conjonction sexuelle illicite commise par force et contre la volonté des filles, femmes et veuves"* (Jousse);

Les pénalistes s'inspiraient de cette définition classique. Pour E.Garçon, le viol est *"le coït illicite avec une femme qu'on sait n'y point consentir"*(2). Pour R.Garraud, *"le viol est le fait de connaître charnellement une femme sans la participation de sa volonté"*(3).

Quant à la jurisprudence, elle avait posé les principes généraux dans un arrêt Dubas, cass.crim.28 Juin 1857 (S.1857-1-711) où elle avait jugé qu'à défaut de définition légale *"il appartient au juge de rechercher et de constater les éléments constitutifs de ce crime, d'après son caractère spécial et la gravité des conséquences qu'il peut avoir pour les victimes et pour l'honneur des familles. Que ce*

(1) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, p.15

(2) E.Garçon, c.pén.annoté, II, 15

(3) R.Garraud, traité de dr.pénal, V, 2083

crime consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action".

Par leur imprécision même, "quiconque aura commis le crime de viol", les termes de la loi n'interdisaient pas d'incriminer le viol conjugal : le fait d'imposer par la violence à "quiconque", donc aussi à sa conjointe, une conjonction sexuelle constituait bien légalement un viol.

Pourtant, en mettant l'accent sur "l'honneur des familles" et en exigeant le caractère "illicite" des rapports sexuels l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale aboutissait à la négation juridique du viol conjugal.

I- EN PRINCIPE, IL NE POUVAIT Y AVOIR VIOL OU ATTENTAT A LA PUDEUR ENTRE CONJOINTS.

1- Le viol ne pouvant consister qu'en un coït illicite, le mari ne commettait pas de viol en contraignant, même par la violence, sa femme légitime à des rapports "normaux", c'est-à-dire conformes à l'ordre de la nature et tendant aux fins légitimes du mariage, la procréation (1);
cass.21-11-1839 (S.1839-1-817); cass.19-3-1910 (B.153).

(1) Garçon, II, 23
 Garraud, V, 2084
 Chauveau & Hélie, théorie du c.pén., IV, 1576

"Attendu que l'acte qui aurait été accompli par F.B. sur la personne de sa femme ne saurait être qualifié de viol, ce crime se caractérisant essentiellement par le fait que la conjonction obtenue est illicite."

On pensait que la violence illégitime n'existait pas dans ce cas en raison du lien de droit unissant l'auteur et la victime et du "devoir conjugal" qui en découlait, le mari ayant pour l'accomplissement de celui-ci "la libre disposition de sa femme"(Ch.&H.IV.1576).

2- De même, par un arrêt du 28-4-1887 (S.1857-2-114), la cour d'Alger a jugé que les violences exercées par le mari sur sa femme lorsqu'elles tendent dans leur but, aux fins légitimes du mariage, ne peuvent être constitutives du crime d'attentat à la pudeur avec violence puisque le mariage a eu pour effet de lever les barrières de cette pudeur: *"Attendu que le crime que l'article 333 al.3 punit, suppose un outrage à la pudeur et un outrage illicite; qu'entre mari et femme il ne peut être question, dans les rapports de leur vie intime, de manquements aux lois de la pudeur; que le mariage, avec les devoirs et les droits qu'il entraîne supprime nécessairement de fait toute possibilité d'un outrage de cette nature au regard de la femme."*

3- En revanche, le viol commis par un époux divorcé sur la femme qui a cessé d'être son épouse légitime était certainement punissable (Garçon, II, 24).

Certains auteurs décidaient que le crime ne serait pas constitué s'il était accompli par un mari sur sa femme après la séparation de corps, parce que la séparation relâche les liens du mariage sans les dissoudre. Elle autorise la femme à ne plus demeurer au domicile de son mari, mais elle ne brise pas les devoirs qui résultent du mariage (Ch&H, IV, 1579; Garraud, V, 2084; Morin, repertoire général de dr.crim. II, p.822). Mais selon Garçon, cette dernière solution ne paraissait pas acceptable.

Le crime de viol était constitué s'il était commis par le fiancé sur sa fiancée, même la veille du mariage. De même s'il avait été accompli par un homme sur une femme qui a vécu ou qui vit avec lui en concubinage (Garçon, II, 25; rep. dr. crim. 1962, 18).

II- CEPENDANT, L'ATTENTAT A LA PUDEUR ENTRE CONJOINTS ETAIT POSSIBLE SOUS CERTAINES CONDITIONS.

Ces conditions tenaient soit à la nature de l'acte, soit aux circonstances de sa commission.

1- Nature de l'acte sexuel: acte "contre-nature".

Etait reconnu coupable d'attentat à la pudeur avec violence le mari qui, employant la violence, avait contraint sa femme à subir des rapports "contre-nature", contraires à la fin du mariage, par exemple la sodomie. Dans ce cas, le commerce recherché était jugé illicite et la protection générale de la loi défendait la femme contre de tels actes comme elle l'aurait fait de quiconque, l'existence d'un lien matrimonial étant indifférente (Garçon, II, 119; Garraud, IV, 2100; Ch&H, IV, 1576). Ainsi en avait jugé un arrêt de la cour de cassation du 21-11-1839 (S. 1839-1-817):

"Attendu que la disposition de l'art. 332 al. 3 du c. Pén. est générale et absolue; qu'elle n'admet aucune exception; que si le mariage a pour but l'union de l'homme et de la femme, et si les devoirs 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, dans cette condition, la personne de la femme cesse d'être protégée par les lois, ni qu'elle puisse être forcée de subir des actes contraires à la fin légitime du mariage; que dès lors, si le mari a recours à la violence pour les commettre, il se rend coupable du crime prévu par l'article précité du code pénal."

Dans cette affaire, la femme avait porté plainte contre son mari pour attentat à la pudeur avec violence. Le 30 Août 1839, le tribunal de la Seine déclara n'y avoir lieu à suivre *"attendu que cet attentat a eu lieu sans violence et sur une personne âgée de plus de 11 ans; que dès lors il n'y a ni crime ni délit"*.

Mais sur opposition du ministère public, la chambre d'accusation considérant que les faits avaient été mal appréciés et qu'il existait des charges suffisantes contre J. d'avoir commis un attentat à la pudeur avec violence, le renvoyait devant la cour d'assises de la Seine. J. formait alors un pourvoi en cassation pour fausse application de l'article 332 al.3 C.pén.

A l'appui de son pourvoi le mari alléguait qu'il n'y avait pas eu violence *"et lors même qu'il y aurait eu violence physique, il n'y aurait pu avoir attentat à la pudeur dans le sens de la loi. En effet, disait-il, conçoit-on un mari accusé d'attentat à la pudeur sur sa femme!...Tandis que le mariage a transformé en un devoir impérieux l'acte même, auquel, jusque-là, la pudeur avait pour objet de mettre obstacle. Contrat d'une nature unique, extrême limite du droit de disposition appartenant à la créature humaine sur elle-même...Quelle place dès lors laissera-t-il à la transgression du sentiment de pudeur dont son but fut de lever la barrière?...Le mari, avec le pouvoir d'oser beaucoup, n'a certes pas la licence de tout entreprendre; mais quoi qu'on puisse dire, entre la chasteté, la pudeur de la jeune fille, et la pudeur de l'épouse, il y a une nuance, toute une révélation, un monde...Il y a entre époux une intimité telle qu'il est impossible d'appliquer la loi pénale ordinaire à des cas dans lesquels la limite des choses défendues et des choses permises est impossible à saisir."*

Pour requérir le rejet du pourvoi, le procureur général se plaçait à la fois sur le terrain de la moralité et sur celui de la législation. En réponse aux arguments du demandeur, il estimait que le droit du mari de disposer de sa

femme était restreint par le but même du mariage et que s'il excédait son pouvoir, il ne pouvait alors invoquer ce droit: *"si la pudeur de la femme mariée n'est pas la pudeur d'une vierge, ce n'est pas une raison pour nier que le mariage conserve une pudeur qui lui est propre, et qui ne mérite pas moins d'être respectée. A cette allégation que le mariage est l'extrême limite du droit de disposition appartenant à la créature humaine sur elle-même, nous répondrons que plus cette limite est extrême, plus il importe de ne la point franchir. Il n'y a pas de puissance qui n'ait ses bornes; le droit le plus explicite ne doit jamais dégénérer en abus, et plus l'abandon de soi-même est grand pour tout ce qui est licite et conforme au vœu de la nature, moins il est permis de s'en autoriser pour arriver à des conséquences qui, loin d'être l'accomplissement du pacte, le détruisent dans son essence, et révoltent l'humanité."*

Le procureur s'appuyait ensuite sur l'ancienne jurisprudence qui admettait l'existence du crime de sodomie même entre époux. Ainsi, dans son recueil des lois criminelles, Muyart de Vouglans dit que les crimes contre nature sont punis de la peine de mort et selon Jousse (traité de la justice criminelle) *"cette peine a pareillement lieu à l'égard de ceux qui en usent ainsi envers leurs propres femmes."*

Le procureur, faisant ainsi référence à l'article 333 c.pén., soulignait également qu'en matière de mœurs *"loin que la parenté ou l'intimité des rapports entre les personnes excuse ou amoindrisse le délit, elle l'aggrave...Que le mari n'allègue donc pas sa qualité non plus que les droits qui peuvent résulter du mariage! Dans le droit, il n'y a pas de puissance qui n'ait reçu ses limites de la loi même qui l'a établie."* Ainsi en est-il de la puissance paternelle. La loi ne doit-elle pas protéger l'épouse contre les excès de la puissance maritale?

Il réfutait enfin l'argument du mari selon lequel réprimer ces actes entre conjoints entraînerait *"le droit de faire asseoir la justice au bord du lit conjugal"* en distinguant

l'action judiciaire menée d'office et l'action sur plainte formelle de la femme car *"le magistrat dans ce cas comme dans tous ceux où la femme prétend avoir été victime de quelque attentat, doit informer sur le fait, en rechercher les preuves et faire punir le crime."*

La crainte d'une inquisition domestique apparaît aussi chez certains auteurs du siècle dernier, bien qu'ils approuvent dans l'ensemble cette jurisprudence, le mari ayant alors commis un abus de sa puissance: *"c'est toutefois avec circonspection que des poursuites de cette nature doivent être intentées, et pour qu'elles puissent l'être d'office, il faudrait la réunion des circonstances les plus graves. Les secrets du lit nuptial doivent être respectés et les investigations de la justice n'y doivent point légèrement pénétrer"* (Ch&H. IV, 1576).

Dans un arrêt du 18 Mai 1854 (S.1854,1,577), la cour de cassation maintenait sa doctrine en jugeant ~~à~~ nouveau que le mari qui recourt à la violence pour commettre sur sa femme des actes "contre-nature" se rend coupable d'attentat à la pudeur.

En vain l'avocat du mari avait fait valoir que , le mariage rendant licites des actes qui hors mariage seraient coupables, la loi devait s'appliquer de façon plus restrictive: *"le crime d'attentat à la pudeur avec violence entre époux, ne résulte pas nécessairement de toute violence impudique, comme à l'égard de toutes autres personnes; qu'il y a des actions même abusives qui ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale; que la question de culpabilité doit donc s'exprimer en termes moins généraux que pour les personnes qui n'ont aucun des droits du mari."*

Mais l'arrêt de 1854 va plus loin que celui de 1839 : non seulement il admet qu'il y a attentat à la pudeur entre conjoints en cas d'acte "contre-nature" commis avec violence, mais en outre, qu'il y a lieu à l'aggravation de peine édictée par l'article 333, le mari devant être réputé avoir autorité sur la personne de sa femme :

"Attendu qu'aux termes du droit commun et des dispositions du code Napoléon, le mari a autorité sur sa femme, laquelle lui doit obéissance; que cette qualité qui impose au mari l'obligation de protéger sa femme, ne peut donc qu'aggraver un crime qui n'est qu'un odieux abus de son autorité et l'oubli le plus coupable de la protection qu'il lui doit; attendu, dès lors, que l'arrêt a fait une saine application des dispositions de l'art. 333 c. pén."

L'avocat de la défense contestait bien sûr l'application de l'art. 333 entre conjoints: *"l'autorité qu'a en vue cet article est une autorité civile, de droit ou de fait, exclusive de tous rapports charnels. On conçoit l'aggravation vis-à-vis des ascendants et du beau-père de la victime, des tuteurs ou curateurs, des instituteurs... jamais ils ne peuvent se permettre la moindre impudicité sur la personne placée dans leur dépendance; de leur part, toute violence impudique est un crime, et leur crime s'aggrave de l'abus qu'il font d'une autorité qui excluait l'acte impudique, loin de l'autoriser aucunement. Mais le mari, lui, a des droits légitimant même certaines impudicités; s'il est coupable, c'est pour avoir excédé ses droits. L'abus qui fait le crime ne doit pas être en même temps une circonstance aggravante."*

Il arguait de plus qu'il n'avait pas été question du mari lors des travaux préparatoires de la loi de 1832 et que, par ailleurs, la circonstance aggravante n'avait été ni appliquée, ni même invoquée dans l'arrêt de 1839. Ceci est exact, mais on doit remarquer que dans son réquisitoire, le procureur avait déjà évoqué l'article 333 pour montrer que toute puissance, et donc la puissance maritale, a ses limites, mais sans pour autant avancer qu'en raison même de cette puissance, la situation du mari coupable puisse être aggravée.

L'arrêt de 1854 reconnaissait donc au mari une autorité légale sur sa femme, à raison des devoirs respectivement imposés aux époux par les articles 213 et suiv. du c. civ.

Avec les modifications apportées à l'article 213 par les lois des 18-2-1938 et 22-9-1942 validées par l'ordonnance du 9-10-1945, cette solution n'était plus exacte, et le mari ne paraissait plus devoir être considéré comme ayant autorité sur sa femme (Garçon, II, 147). Cependant, dans son édition de 1968, le traité de dr. pén. spéc. de R. Vouin estimait encore que l'autorité de fait étant assimilée à l'autorité de droit pour l'application de l'art. 333, l'aggravation pouvait encore, depuis les lois de 1938 et 1942, être appliquée au mari (p. 315).

2- Circonstances entourant l'acte sexuel "normal".

La jurisprudence admettait que le mari qui avait cherché à obtenir avec sa femme des relations sexuelles "normales" mais par la force, en présence et/ou avec l'aide d'un tiers, se rendait coupable d'attentat à la pudeur avec violence: l'acte qui, envisagé en lui-même, ne constituait pas une offense à la pudeur de la femme, parce que conforme aux fins légitimes du mariage, pouvait, à raison des circonstances exceptionnelles où il intervenait, produire cet effet: *"Attendu que l'acte qui aurait été accompli par F.B. sur la personne de sa femme ne saurait sans doute être qualifié de viol, ce crime se caractérisant essentiellement par le fait que la conjonction obtenue est illicite; qu'envisagé en lui-même et en faisant abstraction de toute circonstance extrinsèque, il ne pourrait non plus constituer un attentat à la pudeur avec violence; qu'en effet la pudeur de la femme mariée ne saurait être offensée par un acte qui est une des fins légitimes du mariage; mais que, dans les circonstances où il aurait été accompli, en présence de P.B. et des enfants des époux B. il était de nature à porter une grave atteinte à la pudeur de la victime; et que ces circonstances lui impriment le caractère du crime susénoncé; que l'art. 332, al. 3 c. pén. est général et absolu; qu'il s'applique dans tous les cas où il s'est produit une action violente tendant à offenser la pudeur de la personne qui en est l'objet."* crim. 19 Mars 1910 (Bull. 153).

Le mari avait imposé, par la violence, des relations sexuelles à sa femme en présence de ses deux enfants et de son frère et avec l'assistance de celui-ci. Des faits qui, normalement relevaient de la qualification de viol, étaient disqualifiés en attentat à la pudeur avec violence en raison du lien conjugal, avec les conséquences qui en résultaient sur les pénalités encourues : la réclusion contre les travaux forcés à temps en cas de viol.

III- EN L'ABSENCE DES QUALIFICATIONS DE VIOL OU D'ATTENTAT A LA PUDEUR, ON RETENAIT PARFOIS D'AUTRES QUALIFICATIONS PENALES.

Lorsque les violences avaient occasionné des blessures, le mari pouvait être poursuivi pour coups et blessures : arrêt de la cour d'Alger du 28 Avril 1887 (S.1889-2-114).

En l'espèce, les violences exercées par le mari à l'encontre de sa jeune femme revêtaient un aspect particulièrement barbare :

"Attendu que M. a, dans son village, contracté mariage avec Y....Attendu qu'au cours de l'information, les hommes de l'art ont constaté dans les organes génitaux de Y. des imperfections physiques s'opposant à tout rapprochement sexuel normal; attendu qu'il ressort que c'est en l'état de ce vice de conformation que M. après avoir à plusieurs reprises tenté d'accomplir sur sa femme les oeuvres permises du mariage, reconnaissant l'obstacle naturel qui le rendait impossible, a eu recours, pour remédier à cet obstacle, à un procédé que la sauvagerie de ses moeurs pouvait seule lui inspirer; qu'ayant à cet effet attaché Y. aux poutrelles de la toiture de son habitation, de façon à maintenir ses jambes écartées, il lui a introduit dans les parties sexuelles un morceau de bois de forme cylindrique, grossièrement taillé en pointe à son extrémité, et a essayé ensuite, à l'aide de ce bâton, de produire l'élargissement des voies valvo-utérines; attendu que de ces tentatives il est résulté pour la jeune femme des lésions qui ont déterminé chez elle la plus vive souffrance, mais qui ne lui ont occasionné heureusement que des

blessures superficielles sans gravité sérieuse."

La cour d'Alger avait jugé qu'il n'y avait pas attentat à la pudeur, les violences exercées tendant aux fins légitimes du mariage, mais que ces violences pouvaient tomber sous l'application des art.309 et suivants du c.pén. relatifs aux coups et blessures :

"Attendu qu'il est de jurisprudence certaine que l'art.333 al.3 reste inapplicable toutes les fois que les violences du mari tendent, dans leur but, aux fins légitimes du mariage Attendu que la femme ne demeure pas pour cela sans protection; que les blessures qui peuvent résulter des violences trouvent selon leur nature et leur gravité, une suffisante répression dans l'application des dispositions pénales ordinaires qui les prévoient en dehors dudit art.332 al.3; attendu qu'en raison des brutalités dont le prévenu s'était rendu coupable envers sa femme et des blessures qu'il lui a occasionnées, il y a lieu de lui appliquer la peine correctionnelle de l'art.311."

Le mari encourait donc, en l'espèce, une peine de 6 jours à 2 ans de prison, contre la peine de la réclusion si l'attentat avec violence avait été reconnu, ce qui aurait été le cas si l'auteur avait été toute autre personne que le mari.

DE L'HONNEUR DES FAMILLES A LA DIGNITE DE LA PERSONNE.

I- LE VIOL, ATTEINTE A L'HONNEUR DES FAMILLES.

Selon la cour de cassation (arrêt Dubas), le juge devait prendre en considération la gravité des conséquences du crime pour les victimes et pour l'honneur des familles. De fait, la jurisprudence a davantage mis l'accent sur l'honneur des familles que sur la victime.

Elle a donné un contenu précis à l'élément constitutif du crime de viol : cette qualification n'était retenue que s'il y avait conjonction sexuelle imposée par un homme à une femme. Tout acte autre que le coït, quelle que soit sa nature, ne pouvait être poursuivi que comme attentat à la pudeur. La violence était réprimée, non selon sa nature ou son degré, mais selon la nature des relations sexuelles.

On distinguait donc parmi les actes sexuels, la conjonction sexuelle dont la finalité biologique est la reproduction de l'espèce et qui était plus sévèrement punie que les autres actes sexuels considérés comme socialement moins graves : *"c'est le prix de la virginité de la femme, de la légitimité de l'enfant et l'interdiction de l'avortement qui ont poussé la jurisprudence à surprotéger la femme en réservant la surpénalisation du viol réalisée par la loi de 1832 aux relations hétéro-sexuelles normales"*(1);

On aboutissait à ce que la présidente de l'association "Choisir"

(1) J.Geronimi, "Aspects juridiques et judiciaires" in: Aspects de la violence dans les relations sexuelles, Vrin, 1979, p.80

a appelé "la sacralisation du vagin" (rapport Massot, p.5).

Mais sacralisation pour tous sauf pour le mari : le viol de la femme par son mari était jugé comme juridiquement impossible car la conjonction devait être "illicite".

Le Larousse définit le mot "illicite" comme "ce qui est défendu par la morale ou par la loi". Ce que défendait la loi, c'était les relations sexuelles imposées par force, c'était la violence. En refusant d'admettre le viol conjugal au motif qu'il n'y avait pas conjonction illicite, la jurisprudence considérait qu'il n'y avait pas, dans ce cas, violence illégitime, que les devoirs du mariage légitimaient la violence, du moins celle ayant pour finalité l'accomplissement de ces devoirs : la fin justifiait les moyens.

D'abord entendue au sens de violence physique, la définition de la violence devait être élargie par la jurisprudence à la contrainte morale, la surprise. Le critère devenait alors l'absence de consentement de la victime, comme le montre par exemple, l'incrimination pour viol du fait d'abuser d'une femme droguée ou aliénée hors d'état de consentir ou encore l'incrimination d'attentat à la pudeur sans violence sur enfant de moins de 15 ans, présumé ne pouvant consentir valablement en raison de son jeune âge.

Dire qu'il ne pouvait y avoir viol entre époux, donc impossibilité d'un non-consentement de la femme, revenait à dire que la femme, en consentant au mariage, consentait par là-même à avoir des relations sexuelles normales avec son conjoint pendant toute la durée du mariage, il y avait présomption d'un consentement "générique" donné une fois pour toutes.

Mineur de 15 ans et conjointe dérogeaient au droit commun, mais pour des raisons et avec des conséquences opposées. Normalement la personne adulte est jugée capable de consentir aux relations sexuelles. Il y a présomption de défaut de

consentement résultant des moyens employés (violence, contrainte) et la présomption doit être corroborée par la résistance acharnée de la victime pour qu'il y ait viol. Le viol est le seul crime défini par la résistance de la victime. Pour le mineur de 15 ans il y a présomption irréfragable d'absence de consentement et protection renforcée. Pour la conjointe, il y avait présomption d'un consentement générique et absence de protection. La différence de répression se faisait, non en fonction de l'acte matériel et de l'attitude de l'auteur, identiques dans tous les cas, mais en fonction de l'attitude supposée de la victime, d'un jugement sur sa capacité physique, mentale ou juridique, ou sur sa volonté de réagir;

Avant la loi de 1980, des auteurs (1) avaient critiqué cette notion de consentement générique mais en refusant d'en tirer la conclusion logique -l'incrimination du viol conjugal- au motif que si l'attitude du mari abusif est moralement blâmable, une telle incrimination serait *"inopportune dans le cadre d'un ménage suffisamment perturbé pour qu'on n'y introduise pas les complications d'une poursuite pénale"*, argument peu convaincant.

La distinction entre "acte normal" et "acte déviant" ou "contre-nature" s'appliquait au mari comme à quiconque mais avec des conséquences différentes. Entre conjoints, le viol étant impossible, l'acte normal n'était qu'exceptionnellement puni et comme attentat à la pudeur. Entre toutes autres personnes, l'acte normal était davantage puni (le seul puni comme viol) car lié à la possibilité de procréation illégitime. La "normalité" de l'acte était donc de fait, selon les cas, une cause d'immunité car conforme aux fins du mariage, ou une circonstance aggravante car menaçante pour celui-ci.

Les pénalités encourues étaient sévères lorsque le viol était commis par un tiers car il fallait protéger les familles dans *"leur honneur et dans leurs biens"* en luttant contre les risques de naissances illégitimes (B.Gros, J.O. débats Sénat, 27 Juin 1978, p.1791). Mais le même acte commis

(1) Rassat, in: Aspects de la violence dans les relations sexuelles, p.130

par le mari sur sa femme n'était pas réprimé ou réprimé exceptionnellement car il s'agissait de maintenir la paix des familles, le droit de possession du mari sur sa femme et la faculté pour lui d'en user puisque c'était un des buts du mariage, et peu importait le non-consentement de celle-ci. Ce droit de possession du mari justifiait à la fois la répression en cas de viol commis par toute autre personne sur sa femme et la non-répression en cas de coït imposé par lui-même à sa femme. On défendait la famille contre les agressions externes mais on voulait ignorer les conflits internes. Il y avait primauté des intérêts de la famille, donc du mari, chef de famille, sur ceux de la femme: on protégeait davantage la réputation du mari, ses biens, y compris sa femme considérée peu ou prou comme sa propriété, que la dignité et l'intégrité physique de la femme. Le violeur risquait d'autant moins d'être puni qu'aucun autre homme, mari ou père, n'avait eu sa réputation ou ses intérêts menacés par son crime.

Cette jurisprudence témoignait des conceptions de l'époque sur le rôle de la femme considérée *"moins comme un sujet de droit que comme une composante du triptyque mariage-famille-procréation"* (M. Pelletier, J.O. débats Sénat, 28-6-78, P.1841), ce qui délimitait ses droits et devoirs: droit d'être protégée contre les risques de naissances illégitimes et droit d'être protégée contre les attentats même commis par le mari et n'ayant pas pour finalité la procréation; obligation de se soumettre au devoir conjugal, obligation aussi d'avoir une conduite irréprochable.

C'est pourquoi, la femme qui sortait plus ou moins de ce rôle était de fait moins protégée, les enjeux n'étant plus les mêmes: si, selon la jurisprudence, le viol pouvait être commis sur une femme quel que soit son comportement et ses moeurs, fussent-elles légères (crim.19 Juin 1811, pour le cas d'une femme qui avait déjà eu des enfants naturels), il n'en était rien en réalité.

La femme qui, comme victime, disparaissait presque des préoccupations des juges, réapparaissait, mais comme au moins partiellement responsable de sa mésaventure. Son comportement passé, sa respectabilité, son attitude au moment de l'attentat, étaient envisagés plutôt comme obstacles à la répression, comme si "*le souci primordial ait été d'éviter de sanctionner l'homme qui s'est laissé séduire*" (D.Mayer, D.81, chr.283). On exigeait en effet de la victime une résistance acharnée et on recherchait si aucune attitude répréhensible "*allumant la convoitise des accusés*" (arrêt de la cour d'assises du Haut-Rhin du 21 Avril 1959) ne pouvait être retenue à son encontre. Il pesait sur elle une présomption de "*partage de la faute*". Etait mise en cause, dans les affaires de viol, la "respectabilité" de la victime tout autant que la culpabilité de l'accusé. La femme était reproductrice de l'espèce ou bien tentatrice.

Aujourd'hui encore, l'enquête sur la moralité de la victime d'un viol, qui est systématiquement effectuée, est déterminante pour asseoir la décision des juges (rapport Tailhades doc.Sénat, 2^o session, ord.1977-78, p.8). Récemment, le 19 Juin 1990, la commission d'indemnisation des victimes de Limoges, a réduit de 10% le montant des dommages et intérêts obtenus par la victime d'un viol jugée "*imprudente*" parce que ayant fait "*de l'auto-stop de nuit*". (Le Monde 11-7-90). Le 28 Septembre 1989, les assises de la Haute-Vienne avaient condamné à 18 ans de réclusion l'auteur du viol, assortissant la peine de 50.000 francs de dommages et intérêts. Le parquet ne s'y était pas opposé, mais le coupable n'étant pas solvable, la commission d'indemnisation devait examiner le dossier avant "*d'apporter son secours et d'apprécier s'il y a lieu de réduire l'indemnité allouée à la victime en raison du comportement de celle-ci*".

En dépit du principe selon lequel le défaut de consentement peut résulter de la violence physique ou de la violence morale ou contrainte (menaces, chantage), les juges ne recon-

naïssaient en général le crime de viol que lorsque la victime avait subi de graves sévices, laissant des traces révélatrices (rapport Tailhades, p.7-9).

La répression du viol- crime dont la victime ne pouvait être juridiquement qu'une femme - fonctionnait paradoxalement comme si la vraie victime était l'homme et comme si l'essentiel était de trouver un juste milieu entre d'une part, la répression ou la défense de l'homme chef de famille, et d'autre part, la non-répression ou la défense de l'homme susceptible d'avoir été séduit.

Admettre qu'il y avait bien eu viol était déjà difficile, en général, mais reconnaître le viol conjugal était impensable, alors que le mari en "honorant" son épouse ne faisait que son "devoir" en donnant des enfants légitimes à la patrie!

II- LE VIOL, ATTEINTE A LA DIGNITE DE LA PERSONNE.

Cette conception du viol -atteinte à l'honneur des familles - a été souvent dénoncée lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 23 Décembre 1980 (D.1981,11), notamment: rapport Tailhades, p.5 et 11; rapport Massot, p.6; J.O.débats Sénat 27-6-78, p.1790-91; Sénat 28-6-78, p.1841; J.O.débats Ass.nat.11-4-80, p.327 et 330.

Députés et sénateurs ont fait valoir que cette législation, et surtout l'interprétation qu'en avait fait la jurisprudence, correspondait aux moeurs et à l'état d'esprit du 19°siècle et paraissait inadaptée à notre époque en raison de l'évolution des mentalités liée aux conceptions nouvelles du rôle de la femme dans notre société, à la modification des "rapports de force" entre hommes et femmes, au fait que ces dernières n'acceptent plus d'être victimes (l'ont-elles jamais accepté?).

L'importance de l'action menée par les mouvements féministes pour attirer l'attention sur la fréquence des viols et lutter contre leur impunité ou leur disqualification (en incitant les victimes à porter plainte et à soulever l'incompétence des tribunaux correctionnels pour connaître d'un crime relevant de la cour d'assises) a été maintes fois soulignée au cours des débats.

Cette prise de conscience de l'opinion publique, favorisée par l'écho donnée dans la presse à certains procès de viols, a conduit le législateur à *"tenter de rajeunir et de compléter un dispositif juridique dont la finalité a changé. L'honneur des familles doit céder le pas à la dignité des femmes"* (rapport Massot, p.6).

Le viol doit, a-t-on dit, être considéré pour ce qu'il est réellement: une atteinte à l'intégrité physique, à la dignité (terme utilisé par de nombreux orateurs), un crime contre la liberté de toute personne à disposer d'elle-même.

"Traditionnellement appréhendé sous l'aspect social d'une menace pour les structures familiales, le viol est désormais considéré sous l'aspect psychique de la meurtrissure infligée à une personne" (D.Mayer, D.81, chr.283).

La loi doit donc protéger la femme en tant que personne libre et responsable contre un crime l'atteignant personnellement et non plus comme éventuelle procréatrice victime d'un crime socialement dangereux.

De ce changement d'optique découlent deux conséquences : D'abord, le plus important n'est plus l'acte matériel mais le défaut de consentement: *"l'essentiel dans le crime de viol réside moins dans la réalité de l'acte sexuel que dans le viol du consentement de la victime"* (F.d'Harcourt, J.O., débats Ass.nat., 11-4-80, p.327).

L'affirmation de la primauté du consentement apparaît souvent dans les débats parlementaires. Mais contrairement à ce qui se passait antérieurement, le viol du consentement n'

était plus envisagé *"comme un obstacle à la répression mais au contraire de façon positive, comme le pivot de l'incrimination permettant d'appréhender tous les agissements portant atteinte à la dignité humaine"*(D.Mayer);

Le consentement était déjà le critère sous-jacent, mais on affirme expressément la liberté du consentement, alors qu'avant elle était déduite de certaines circonstances comme l'usage ou non de la violence qui n'est qu'un moyen d'atteinte à la liberté.

Ensuite, la définition jurisprudentielle de l'élément matériel constitutif du crime de viol -une conjonction sexuelle - devenait trop restrictive : elle ne permettait pas de réprimer comme viol d'autres actes sexuels portant également atteinte à la dignité de la personne.

Après de longues discussions sur le choix de l'expression à retenir : "relation sexuelle", "agression sexuelle", "rapport sexuel", "acte sexuel", le parlement a finalement défini l'élément matériel comme *"tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit"*(art.332 c.pén.).

Cette définition plus large permet de punir comme viol des actes de pénétration anale comme la sodomie, de pénétration buccale comme la fellation, ou encore l'intromission d'un corps étranger dans le vagin ou l'anus de l'homme ou de la femme, actes auparavant réprimés comme attentats à la pudeur.

Cependant le viol figure toujours dans la rubrique "Attentats aux moeurs" et non dans celle "Atteintes aux personnes", ce qui aurait résolu la question du non-consentement puisque le consentement de la victime est inopérant en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle.

Quelles incidences la nouvelle loi a-t-elle eu sur les violences conjugales?

LA DIFFICILE RECONNAISSANCE DU VIOL CONJUGAL.

I- LES DEBATS PARLEMENTAIRES.

Le problème du viol conjugal a été peu abordé lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 23 Décembre 1980. A la question d'un sénateur qui s'inquiétait de savoir "entre quelles personnes il peut y avoir viol en vertu de la nouvelle définition et si celle-ci doit s'appliquer aux relations conjugales", Monique Pelletier répondit au nom du gouvernement que "s'il y a véritablement violence ou contrainte et si la preuve en est apportée, la notion de viol telle qu'elle est prévue dans le texte permettra de répondre à toutes ces situations qui sont graves, notamment pour les femmes. J'ignore ce que décideront les tribunaux, mais je ne vois pas pourquoi la notion de viol ne pourrait pas être retenue en la circonstance". (J.O.débats Sénat, 28-6-78, p.1843).

Cet avis provoqua des murmures à droite et la réponse exaspérée et péremptoire d'un autre sénateur: "nous sommes en train de voter des dispositions sérieuses et graves. Le problème a déjà été tranché d'une façon judicieuse par la jurisprudence. Il n'y a pas, madame, de possibilité de viol dans le cadre de l'union légitime car, alors, que deviendraient les devoirs conjugaux? Nous devons poursuivre le débat et nous préoccuper des actes sexuels accomplis sur d'autres personnes que l'épouse ou l'époux". (applaudissements sur les travées de l'UCDP et à droite). Après cet intermède incongru, il convenait de passer sans tarder aux choses sérieuses.

Les avis étaient donc partagés. Il semble qu'en dépit des discours officiels, les parlementaires aient eu du mal à se départir de l'image traditionnelle de la femme violée risquant d'être enceinte. En effet, de par la définition

adoptée par la loi de 1980, auteur et victime peuvent être indifféremment homme ou femme, et *"pourtant la loi toute entière est la loi de la femme violée"* (D.Mayer, D.81, chr.283) c'est toujours d'une victime femme dont il s'agit dans les discussions. De même, à côté des principes proclamés du respect de la personne et de sa dignité, jouait aussi le fait plus prosaïque que *"grâce notamment aux méthodes contraceptives, de telles préoccupations (crainte des naissances illégitimes) sont actuellement moins vives"* (rapport Tailhade, p. II).

II- LA DOCTRINE.

Après le vote de la loi, la doctrine apparaissait elle aussi divisée.

1- Pour certains auteurs, le mari peut être coupable de viol sur sa femme dans les conditions de droit commun : *"cette nouvelle définition donne désormais à la femme la possibilité de poursuivre pour viol son conjoint si celui-ci lui impose ou tente de lui imposer par violence, contrainte ou surprise non seulement un rapport sexuel "contre-nature", mais encore une conjonction sexuelle naturelle"* (M.Puech, D.81, IR.154; en ce sens: M.Véron, dr.pén.spé.1988, p. 208 et D.Mayer, D.85,7).

En définissant le viol "tout acte de pénétration sexuelle", la loi ne distingue plus, comme le faisait la jurisprudence, entre actes "normaux" et actes "déviants", *"dés lors, il ne semble pas que l'ancienne jurisprudence sur les rapports entre époux, qui reposait précisément tout entière sur cette distinction, puisse se maintenir telle quelle"* (D.Mayer).

D'autre part, l'art.332 c.pén. en visant tout acte *"commis sur la personne d'autrui"* ne comporte aucune justification en faveur du mari et n'écarte donc pas la possibilité de sanctionner un viol entre époux (Véron). Au contraire, par sa généralité même, *"ce texte sanctionne toute contrainte quels qu'en soient les auteurs"* (Mayer). On peut cependant observer que l'ancien art.332 visait "quiconque" : cela n'éliminait pas non plus le mari, ce qu'avait pourtant fait

la jurisprudence en exigeant le caractère illicite des violences sexuelles et en entendant par là, celles commises en dehors du mariage.

A l'objection du "devoir conjugal", ces auteurs rétorquaient que le mariage n'autorise pas tout et que l'épouse ne doit pas être moins protégée que la maîtresse. On souhaitait seulement que la justice sache opportunément ouvrir et fermer les yeux (M.Puech).

2- D'autres auteurs n'admettent la qualification de viol contre le mari que si les rapports sexuels sont "contre-nature", ou bien en cas de séparation de droit ou de fait, que l'acte soit normal ou déviant (Vitu, dr.pén.spé.1982, t.3,1853) , tout en pensant qu'en pratique, des violences de cet ordre aboutiront plutôt à une instance en divorce qu'à des poursuites pénales.

Certains, enfin, semblaient s'en tenir à la solution antérieure , estimant que *"rien dans la rédaction nouvelle qui ne s'attache qu'à définir différemment l'élément matériel, puisse imposer de modifier cette solution"* (Vouin, Rassat, dr.pén.spé., 6^oéd., P.452).

III- LA JURISPRUDENCE.

1- Peu avant le vote de la nouvelle loi, la chambre d'accusation avait déjà mis en accusation du chef de viol un mari qui avait imposé un coït à sa femme avec violence et aide d'un tiers : Grenoble 4 Juin 1980 (D.81, IR.p.154, note Puech).

En l'espèce, le mari, aidé d'un tiers requis pour la circonstance, avait entraîné sa femme dans un lieu désert où, après l'avoir déshabillée de force, et lui avoir lacéré profondément les chairs au coupe-moquette, lui avait imposé des rapports sexuels complets tandis qu'elle était maintenue à terre par le tiers complice.

La chambre d'accusation a estimé qu'il y avait viol car *"la jurisprudence traditionnelle considère que le viol entre époux n'est pas punissable; toutefois, une telle conception ne saurait couvrir des agissements entièrement détachables*

de toute notion de mariage et de toute idée de ce que peuvent être des rapports intimes entre époux".

Cette décision rompait avec la jurisprudence antérieure selon laquelle le mari ne pouvait commettre de viol en imposant un coït à sa femme, mais tout au plus un attentat à la pudeur ou des coups et blessures. Comme il a été remarqué *"dans cette affaire, les coups et blessures volontaires ayant précédé la pénétration sexuelle, loin de fournir une qualification de rechange à celle des attentats aux mœurs, ont, au contraire, constitué une raison d'adopter la qualification de viol"* (Mayer, D. 85, 7).

2- Après la modification de la loi, la cour de cassation a de nouveau qualifié de viol les actes commis par un mari sur sa femme : crim. 17 Juillet 1984 (D. 85, 7, note D. Mayer).

L'époux, en instance de divorce, s'était rendu au domicile de sa femme où, après avoir exercé des violences sur elle, sous la menace d'un couteau et pour partie en présence de leur fils, il s'était livré à des actes de pénétration sexuelle sur elle.

Les autorités judiciaires avaient hésité sur la qualification à adopter.

Le procureur avait requis une information pour viol et menace de mort. Mais le juge d'instruction n'avait qualifié les faits que de coups et blessures n'ayant pas entraîné d'incapacité totale de travail supérieure à 8 jours, de menaces verbales et d'outrage public à la pudeur.

Sur appel du procureur, la chambre d'accusation d'Angers confirma la décision du juge d'instruction au motif que : *"le mariage n'étant pas dissous, il convient pour assurer une répression adéquate des faits poursuivis, de mettre davantage l'accent sur les violences physiques exercées plutôt que sur l'atteinte portée à la liberté du consentement de la victime"*.

La cour de cassation a condamné cette qualification et a retenu celle de viol au motif *"qu'il est du devoir des juridictions d'instruction d'examiner les faits qui leur sont soumis sous la plus haute qualification pénale qu'ils sont susceptibles de recevoir"*. Devait donc être cassé l'arrêt de la chambre d'accusation alors *"qu'en l'état de leurs constatations et énonciations d'où il résulte qu'à supposer les faits établis, l'inculpé se serait livré à des actes de pénétration sexuelle par contrainte ou violence sur M. , les juges ont caractérisé les éléments constitutifs du crime de viol et méconnu les principes sus énoncés"*.

Il y avait contradiction à constater le viol et à ne retenir que la qualification inférieure de coups et blessures.

On pouvait toutefois regretter que l'arrêt ne mentionne pas explicitement le principe sur lequel il reposait pourtant, celui de la liberté sexuelle entre époux, mais s'en tienne à une analyse exégétique de l'art.332 c.Pén. (Mayer).

Par ailleurs, les conjoints avaient été autorisés par ordonnance du juge aux affaires matrimoniales à avoir des résidences séparées. On pouvait donc s'interroger sur la portée de l'arrêt : la qualification de viol était-elle admise en raison de la séparation de fait des époux, ou bien indépendamment de cette circonstance?

Selon l'annotatrice, *"l'autorisation de résidence séparée n'est mentionnée qu'incidemment, suffisamment "discrètement" pour qu'il soit bien clair que c'est seulement à titre d'évènement circonstanciel et sans lien causal avec la décision"*. Les plaintes pour viol entre conjoints non séparés étant très rares, la cour de cassation aurait *"voulu saisir l'occasion que lui fournissait cette affaire relative à des époux"*

en instance de divorce pour affirmer de façon générale sa position relative à l'ensemble des époux". Il s'agirait donc d'un arrêt de principe reconnaissant l'indifférence de la qualité d'époux en matière de viol.

D'autres auteurs penchaient pour la même interprétation : "faisant abstraction, de façon significative, des liens matrimoniaux subsistant entre V. et M. la chambre criminelle paraît bien considérer qu'un mari peut être coupable de viol sur sa femme dans les conditions de droit commun"(1).

En revanche, certains commentateurs estimaient que la cour de cassation reconnaissait le crime de viol en cas de séparation mais "sans qu'il soit possible de déduire de la seule lecture de son arrêt qu'elle statuerait de même en cas de vie commune" (2).

C'est pourtant ce qu'elle devait faire dans un arrêt ultérieur.

(1) Levasseur, *rev.sc.crim.* 1985, 81.

(2) Vouin, Rassat, *Droit pénal spécial*, p.453.

3- La reconnaissance juridique du viol conjugal : l'arrêt de la cour de cassation, crim.5 Septembre 1990 (D.1991,n°2, hebdo.10-1-91,p.13,note H.Angevin).

Dans cette espèce, les faits semblaient relever, comme le disait l'annotateur de l'arrêt, d'une scène de la *Justine* de Sade. Le 8 Janvier 1989, un homme, après avoir exercé diverses violences sur la personne de son épouse, laquelle devait se révéler en état de grossesse, l'avait contrainte à se dévêtir, l'avait ligotée et baillonnée, l'avait flagellée, lui avait appliqué aux seins des pinces à linge, tailladé au moyen d'un couteau diverses parties du corps, 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.

Le lendemain, la femme portait plainte à la gendarmerie.

Le procureur général n'avait retenu que 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*", ce qui justifiait déjà le renvoi du prévenu devant une cour d'assises.

Mais le 18 Mai 1990, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon retenait en plus l'accusation de viol, renvoyant ainsi l'intéressé devant la cour d'assises pour "*viols aggravés et attentats à la pudeur aggravés accompagnés de tortures ou d'actes de barbarie*".

Dans ses attendus, la chambre d'accusation soulignait que "*l'absence de consentement de la victime est l'élément caractéristique du crime de viol, la loi du 23 Décembre 1980*

ayant voulu ne considérer que la meurtrissure psychique résultant d'une atteinte à la dignité de la victime, femme mariée ou non"; que si "le consentement au mariage peut faire présumer jusqu'à un certain point, de la part des époux et aussi longtemps qu'ils sont mari et femme, leur consentement aux relations sexuelles, il n'en demeure pas moins que cette présomption n'a rien d'irréfragable"; que "la volonté des époux de mettre en commun et de partager tout ce qui a trait à la pudeur n'autorise nullement l'un d'entre eux à imposer à l'autre par violence un acte sexuel s'il n'y consent et que, notamment, doit être respectée la liberté sexuelle de la femme mariée".

Considérant qu'il ne pouvait y avoir de viol entre époux, le procureur général avait formé un pourvoi contre cet arrêt arguant que "en dehors de circonstances, non caractérisées en l'espèce, desquelles il résulterait soit un signe manifeste de rupture de la vie commune, soit une violation de l'intimité, le mariage a pour effet de légitimer entre les époux les actes auxquels, en dehors de lui, s'opposerait la pudeur; que ni la victime, au nom de l'absence de consentement ou de la "liberté sexuelle", ni le juge en considération de l'agressivité qui les accompagnerait, ne sauraient tenir pour viol ou pour attentat à la pudeur des actes sexuels de quelque nature qu'ils soient, imposés par un époux à son conjoint par cela seul qu'ils auraient été commis avec contrainte, violence ou surprise. Qu'étant d'ordre public, les effets du mariage transcendent ceux que produisent telles de ses conditions de validité, notamment le consentement; qu'ainsi le juge ne saurait être admis à instruire ni apprécier le consentement des époux à l'égard du caractère sexuel de leurs rapports; que dès lors, à l'occasion de relations intimes dans le mariage, et en l'absence de toute circonstance extrinsèque, seuls doivent être pris en considération

les épisodes concomitants de violence, de contrainte ou de surprise pour autant qu'ils sont susceptibles de recevoir une qualification pénale autonome".

C'est sur ce pourvoi que la chambre criminelle de la cour de cassation était amenée à statuer. Adoptant le point de vue de la chambre d'accusation, elle a rejeté le pourvoi du procureur général. Elle a estimé que *"contrairement à ce que soutient le demandeur au pourvoi, l'article 332 c.pén. 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 ce texte"*.

Cette décision est importante car elle lève les doutes qui subsistaient après l'arrêt de 1984. En effet, contrairement à l'espèce précédente, les époux n'étaient séparés ni de droit, ni de fait. Ensuite, le principe de la liberté sexuelle entre époux est expressément affirmé, l'accent est mis sur l'atteinte portée à la dignité, sur l'absence de consentement. La chambre d'accusation condamne explicitement la thèse d'un consentement "générique", donné une fois pour toutes, lors du mariage, à avoir des relations sexuelles tant que dure celui-ci, thèse que sous-tendait la jurisprudence qui refusait d'incriminer le viol conjugal.

La jurisprudence reconnaît enfin que ni le lien matrimonial, ni la vie commune, ne doivent faire obstacle à l'application de l'article 332 entre conjoints, dans les conditions de droit commun. *"Autrui, vocable figurant dans le texte, désigne tout être humain autre que soi-même. Pour être unis par le mariage, chacun des conjoints n'en demeure pas moins, pour l'autre, autrui"*. La qualité de mari de la victime ne constitue plus une excuse absolutoire, ce qu'elle était de fait.

L'arrêt affirme également que les actes autres que de pénétration, retenus contre l'inculpé, constituent des attentats à la pudeur, même entre personnes unies par les liens du mariage, s'ils sont commis avec violence, contrainte ou surprise.

Selon l'annotateur, *"l'interprétation de la cour de cassation paraît conforme à l'intention du législateur de 1980, elle-même reflet de l'esprit du temps et de l'évolution des mœurs. En un temps où l'institution du mariage connaît un certain affaiblissement tandis qu'est exaltée la liberté de l'individu, il serait mal compris qu'un acte tenu pour constitutif de viol ou d'attentat à la pudeur en état d'union libre ne le soit pas en état de mariage"*.

Au niveau des pénalités, le mari coupable de viol simple est passible d'une peine de réclusion de 5 à 10 ans. Avant 1980, pour des faits semblables, il encourait la même peine de 5 à 10 ans de réclusion pour attentat à la pudeur avec violence. Donc, du fait de l'adoucissement général des peines, le changement de qualification n'a pas entraîné, pour le mari, d'aggravation de peine; cependant, ce changement de qualification est important pour la modification d'état d'esprit, pour la conception du mariage qu'il soutient.

Si le principe du viol conjugal est juridiquement reconnu, on peut toutefois s'interroger sur l'effectivité de son application, et ceci pour plusieurs raisons.

La jurisprudence considère comme constitutifs de la violence non seulement les sévices, coups...mais aussi la contrainte morale, la menace, l'intimidation, la surprise. Or, dans les cas jugés, les relations sexuelles étaient accompagnées de violences physiques graves. La cour de cassation ira-t-elle plus loin en reconnaissant le viol conjugal si les relations sexuelles sont obtenues sans violences physiques,

mais à l'aide de violences morales - chantage, menace de recourir à des violences physiques, de divorcer avec confiscation des enfants - ou des violences économiques si le mari *"utilise le levier économique pour amener sa femme à satisfaire ses exigences"*, ce qui aboutit à une sorte de prostitution? (1).

Encore faudrait-il que la cour ait l'occasion de se prononcer; Or, selon l'étude menée à Nantes, 9% des plaintes classées sans suite correspondaient à des viols entre époux pour lesquels le ministère public a estimé qu'il n'y avait "pas d'infraction" du fait des liens conjugaux. Et, notent les auteurs de l'étude, au vu des dossiers, il semblerait que l'action publique ne soit pas déclenchée quand le viol survient entre époux vivant sous le même toit et quand il n'a pas été précédé de violences physiques majeures. Lorsque les époux sont séparés de fait ou ont entamé une procédure de divorce, et lorsque le viol est accompagné de sévices physiques, le ministère public décide en général d'exercer des poursuites (2).

Par ailleurs, il n'est pas sûr que la position de la cour de cassation soit toujours suivie par les juridictions d'instruction. On a vu que certaines d'entre elles manifestaient une réticence certaine à considérer comme actes de pénétration sexuelle les actes autres que le coït vaginal, pourtant reconnus comme tels par la cour suprême, et cette réticence se rencontre bien sûr en cas de relations entre conjoints comme au plan général. Une distinction entre pénétrations constitutives et non constitutives de viol est ainsi faite: *"si la victime maintenait ses précisions quant aux pénétrations anales avec divers objets, elle n'avait plus de certitudes que son époux ait remplacé ces objets par son sexe au cours des scènes. Il en résulte*

(1) Aspects de la violence dans les relations sexuelles, p.30

(2) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, p.173 note 5.

que si les faits de violence et d'attentat à la pudeur sont caractérisés par l'information, des doutes sérieux subsistent sur la réalité des pénétrations sexuelles constitutives de viol."(1). Pour avoir introduit -dans le but de la torturer- divers objets dans le vagin et l'anus de son épouse, un mari prévenu d'attentat à la pudeur avec violence (et non de viol) a été condamné à 3 ans de prison dont 1 an avec sursis (2).

Autre élément pouvant contribuer à la déqualification des faits, voire à leur impunité: la nature des relations entre auteur et victime. "Il est permis de penser que la variable "relation" est une variable explicative essentielle du changement de qualification du viol en attentat à la pudeur ou en violences. Les relations antérieures entre l'auteur et la victime (relations de voisinage, d'amitié ou de travail) induisent de manière quasi-automatique, une présomption de consentement de la part de la victime" (3), à fortiori les relations maritales.

C'est le problème de la preuve -preuve des faits matériels, preuve du non-consentement de la femme- plus difficile à établir dans le cas de violences intra-conjugales:

"Il y a donc des violences sexuelles dans le mariage... mais qui par le jeu des règles du débat judiciaire, resteront le plus souvent occultes, en tout cas sans aucune espèce de sanction. Ainsi le vécu ne peut accéder au niveau de la réalité judiciaire que par le truchement des règles rigoureuses de la preuve, qui constituent un filtre extrêmement exigeant...La violence sexuelle, déjà difficile à objectiver lorsqu'elle se réalise entre des "partenaires" étrangers l'un à l'autre restera, s'agissant d'un ménage légitime, le plus souvent méconnue, couverte par les règles de la preuve et par l'effet du secret dans lequel se déroule le plus souvent la vie conjugale" (4).

(1) (2) (3) Bordeaux, Hazo, Lorvellec, pp.211,179,91.

(4) Aspects de la violence dans les relations sexuelles, p.33

Le lien conjugal rend plus difficile non seulement l'aboutissement de l'action judiciaire, mais aussi l'accès même de l'affaire à la justice pénale car la femme peut hésiter à porter plainte et entamer seulement une procédure de divorce, ce qui fait que cette réalité apparaît davantage au niveau des cabinets d'avocats qu'au niveau du débat judiciaire. Cependant, si la femme ne portait pas plainte, c'était peut-être aussi parce que cela était inutile, le viol conjugal n'étant de fait par reconnu; avec l'évolution de la jurisprudence, les plaintes seront peut-être plus fréquentes.

Comme le montre l'attitude de certains parlementaires lors des discussions de la loi et d'une partie de la magistrature, des juridictions d'instruction dans l'affaire de 1984 ou du parquet dans celle de 1990, la notion de viol conjugal est encore difficile à admettre et, à fortiori, sa répression sans disqualification: *"le système judiciaire français, comme toute la société, reste très imprégné de la notion traditionnelle du "devoir conjugal" c'est-à dire de l'idée de la soumission sexuelle des femmes dans le cadre du mariage"* (Cahiers du féminisme, n°43, 1987, p.21).

Si les mentalités ont quelque peu évolué, ce qui a incité le législateur à modifier la loi, nos moeurs admettent encore assez bien qu'un mari contraigne sa femme à avoir des relations sexuelles. Lors des débats parlementaires, il a été souligné à maintes reprises qu'au-delà de la répression, il fallait une politique d'information, d'éducation, de prévention, que la lutte contre le viol n'était pas seulement un problème de droit mais aussi une question de culture (notamment J.O.débats Sénat, 27-6-78, p.1791-92).

Mais si la règle de droit ne suffit pas pour changer les mentalités, elle y contribue cependant, non pas tant peut-être par son application pratique de portée assez limitée

en ce domaine - encore peu de femmes osent porter plainte pour viol conjugal et elles le font surtout s'il est accompagné de violences graves - que par son existence même: *"On a oublié trop vite qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de "mauvaise conscience" qui s'oppose à des violations plus étendues. Au fond, ineffective aux yeux du juriste, elle demeure effective, partiellement effective pour le sociologue"* (J. Carbonnier, flexible droit, 1979, p.103).

Influencée par l'évolution des moeurs, la règle de droit agit à son tour sur les mentalités en dissuadant tout un chacun d'avoir un comportement trop éloigné de la norme qu'elle préconise.

Mais on peut regretter que la loi ne reconnaisse pas explicitement le viol conjugal comme cela est par exemple le cas dans les pays nordiques (sauf la Finlande), au Québec depuis 1983 ou depuis peu en Grande-Bretagne. Si les choses étaient dites clairement, l'effet dissuasif serait plus grand, d'autant qu'en raison de l'aspect assez exceptionnel des affaires dont la justice est saisie, la population peut penser que la règle ne concerne que quelques familles "pathologiques". Il est souhaitable que la règle soit comprise par l'ensemble de ceux auxquels elle s'adresse. Elle est faite pour l'homme de la rue et pas seulement pour des juristes tout aussi aptes à en déceler le sens caché qu'à en minimiser la portée selon leurs propres convictions.

Le projet de nouveau code pénal n'apporte aucune modification de ce point de vue. La Fédération nationale Solidarité Femmes propose d'inscrire la qualité de conjoint ou de concubin de la victime comme circonstance aggravante au même titre que celle d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime.

1791 - 1991

SURVOL DE DEUX SIECLES

Les codes de 1791 et de 1810 n'incriminent pas l'inceste en tant que tel et ne font même aucune référence expresse à la parenté dans la répression des attentats aux moeurs, sauf en ce qui concerne le délit d'excitation de mineur à la débauche plus sévèrement réprimé à l'encontre des pères et mères, mais aussi des tuteurs et personnes chargées de la surveillance du mineur. En revanche, le fait d'avoir autorité sur le mineur entraîne expressément aggravation de peine et la jurisprudence appliquait cette notion, entre autres, aux ascendants coupables de viol ou d'attentat avec violence envers leurs descendants, mais seulement si ceux-ci étaient mineurs. Ce n'est pas le lien de parenté qui était retenu en tant que tel, mais le lien d'autorité qui pouvait concerner aussi des non-parents.

Le code pénal était le pendant du code civil basé sur un modèle de famille hiérarchique où "le mari est le chef de la famille"(art.213 c.civ.), ce qui lui confère un faisceau de "droits-pouvoirs". Le père est souvent assimilé à un propriétaire ou un usufruitier des biens et personnes placés sous sa tutelle directe. Si le code de 1810 prévoit la sanction de devoirs conjugaux et parentaux, c'est plus pour protéger l'institution familiale et son chef que l'intérêt des autres individus. La section IV du code sur les "Attentats aux moeurs" est le reflet de l'absence de protection spécifique des membres de la famille, hormis les ascendants, dans le code de 1810 qui, à travers les incriminations concernant le mineur (infanticide, abandon, avortement, enlèvement, non-déclaration d'état-civil) ou le délit d'adultère, visait essentiellement la protection de l'institution familiale dans un sens nataliste (Lascoumes, Encela, p.191).L'article 312 c.pén. ne prévoyait, lui non plus, aucune aggravation de peine contre les pères et mères coupables de coups et blessures envers leurs enfants, alors qu'ils étaient eux-mêmes spécialement protégés contre les coups portés par leurs descendants. De même, aucune circonstance aggravante

n'était prévue en cas de coups ou d'homicide entre conjoints et de plus le meurtre, par le mari, de la femme surprise en flagrant délit d'adultère était excusable (art.324 c.pén.).

En 1810, le lien familial n'entraîne donc pas, par lui-même, une répression spécifique des abus sexuels. Ceux commis dans la famille sont punis, comme tous les autres, uniquement s'il y a violence, par application des peines du viol et de l'attentat violent, parfois aggravées en raison d'un rapport d'autorité entre auteur et victime. Sinon il y a impunité.

D'une façon générale, le droit commun continuera à s'appliquer dans la famille, l'inceste n'ayant pas fait l'objet d'une incrimination spécifique en droit pénal français. L'évolution de la répression des abus sexuels intra-familiaux sera donc calquée sur celle des abus sexuels extra-familiaux. A cette règle générale, deux exceptions : l'enfant mineur et la conjointe, le premier bénéficiant dans certains cas d'une protection accrue, la seconde dérogeant au contraire au droit commun par une moindre protection vis-à-vis du conjoint.

1- La tendance individualiste entraîne l'apparition de mesures favorables à l'enfant en droit civil et en droit pénal, puis l'évolution des "droits-pouvoirs" aux "droits-fonctions" (Donnier, D.1959), fonction exercée pour garantir la santé, la moralité et l'éducation de l'enfant considéré comme un être fragile justifiant une protection particulière.

La protection de l'enfant contre les abus sexuels s'accroît progressivement au 19^e siècle à l'égard de quiconque et plus particulièrement vis-à-vis de certaines personnes. Le lien d'ascendance est prévu par la loi, en tant que tel, comme circonstance aggravante depuis 1832 et surtout comme élément constitutif d'une infraction spécifique par la répression,

en 1863, de faits normalement impunis : les agissements de nature sexuelle commis sans violence sur un mineur de plus de 13 ans. Les autres liens familiaux peuvent être pris en compte pour aggraver la peine, mais indirectement, par le biais de la notion d'autorité qui peut s'appliquer aussi hors du cadre familial : il n'y a donc là rien de spécifique. Ainsi, le seul lien spécialement prévu est celui d'ascendance et la relation parent/enfant s'analyse surtout comme une circonstance aggravante et rarement comme le critère d'une infraction spécifique;

S'agissant de la circonstance aggravante, le droit pénal ne fait pas de distinction entre ascendants et personnes ayant autorité sur l'enfant, ce qui laisse penser que le législateur a davantage envisagé le problème de l'autorité que celui de l'affectivité. Dans l'incrimination spécifique aux ascendants, le lien de parenté est plus important et certains auteurs y voyaient une répression de l'inceste; Cependant l'incrimination n'appréhende que certaines formes d'incestes - les relations entre ascendants et descendants mineurs, les relations avec le descendant majeur et consentant étant impunies - ce n'est donc pas la violation de la règle morale que le droit sanctionne, et son application aux ascendants légitimes, naturels ou adoptifs montre que les liens du sang ne sont pas seuls visés, qu'il ne s'agit pas d'objection physiologique.

Vis-à-vis de l'ascendant, l'aggravation de peine et l'incrimination spécifique résultent plus de la vulnérabilité de la victime, de l'existence d'un rapport de subordination/autorité, du manquement à un devoir d'éducation, de responsabilité que du lien de paternité en tant que tel. On protège la liberté et l'intégrité physique du mineur, la protection étant liée au statut d'incapacité du mineur - incapacité de consentir aux relations sexuelles- et on sanctionne l'abus d'autorité.

Au 20^e siècle, on observe un effritement progressif du champ, déjà limité, de la répression spécifique liée à un lien familial :

-- L'étendue de l'incrimination propre aux ascendants diminue passant de 13-21 ans à 15-21 ans, puis 15-18 ans par suite de l'extension de la répression générale (élévation en 1945 de l'âge de la majorité sexuelle de 13 à 15 ans, incrimination de l'homosexualité avec un mineur de plus de 15 ans), et de mesures relevant du droit civil (abaissement de l'âge de la majorité de 21 à 18 ans); puis l'incrimination elle-même perd sa spécificité par son extension, en 1980, aux personnes ayant autorité sur la victime. L'assimilation des liens d'autorité et d'ascendance consacre l'interprétation de cette incrimination comme sanction d'un abus d'autorité. On pénalise la personne responsable de l'éducation de l'enfant, le lien d'ascendance devient un abus d'autorité comme les autres.

-- On note un rapprochement des deux niveaux de répression, peines de droit commun et peines aggravées en raison d'un lien d'ascendance ou d'autorité : par l'absence de hiérarchie entre les circonstances aggravantes, celle liée à la qualité de l'auteur étant en 1980 placée sur le même plan que les autres, ce qui lui ôte son effectivité en cas de cumul de telles circonstances et notamment si la victime est un mineur de 15 ans, la peine déjà aggravée en raison du jeune âge, ne l'étant pas davantage en raison du lien auteur/victime; par la suppression, en 1946 puis en 1981, de l'aggravation de peine envers les pères et mères coupables d'excitation de mineur à la débauche; par la réduction générale des peines mais plus accentuée à l'égard des ascendants et personnes ayant autorité, l'écart entre peines de base et peines aggravées diminuant ainsi en 1980.

2- Rien dans le code de 1810 n'interdisait de réprimer le viol marital comme tout viol : la loi visait "quiconque" et ne prévoyait aucune exception. Des relations sexuelles imposées avec violence par le mari constituaient bien matériellement un viol. Pourtant, pendant plus d'un siècle et demi, la jurisprudence considéra qu'il ne peut y avoir viol entre conjoints car dans ce cas, la conjonction sexuelle obtenue même avec violence ne peut être illicite car conforme aux fins légitimes du mariage. Reconnu dans sa matérialité, le viol se trouvait légitimé par le lien conjugal. La fin, l'accomplissement du "devoir conjugal" en vue de la procréation, justifiait les moyens.

Cette jurisprudence traditionnelle, si elle ne correspond pas à la lettre du code de 1810, est conforme à son état d'esprit et traduit bien la mentalité de l'époque qui considère le statut de la femme inférieur à celui de l'homme. Il est certain que Napoléon était exempt du complexe de l'Uxorius, tendance portant le législateur à se faire dans le ménage, le champion de l'intérêt de la femme (Carbonnier, flexible droit, p.183), et qu'il devait faire sienne cette définition de la famille : *"une forme de royaume où l'on commande ... et où l'on obéit"* (Bourdaloüe, Oeuvres, 1716, t.2 p.10), étant entendu que c'est l'homme qui commande et la femme et les enfants qui obéissent. C'est à l'homme que revient la gestion de l'ordre familial, le "gouvernement" de la famille. Le mari peut exiger que la femme vienne habiter avec lui. L'emploi de la force n'est pas exclu et la jurisprudence devait admettre que la femme pouvait être contrainte manu militari *"à remplir ses devoirs et à jouir de ses droits, toujours en pleine liberté"* (Cass.Req.9 Août 1826, cité par Ourliac, Malafosse, p.154).

La jurisprudence relative au viol entre époux correspond ainsi à l'esprit de la législation napoléonienne dans son ensemble consacrant la puissance maritale, et de la législation relative aux infractions sexuelles en particulier où

l'intérêt de l'institution familiale l'emporte sur celui de la femme (discrimination entre époux dans la répression de l'adultère). La femme doit se soumettre à son rôle d'épouse selon les normes généralement admises, sinon il y a risque de désordre familial et social : elle doit être fidèle et se soumettre au devoir conjugal. En laissant impuni le viol conjugal, la justice montre qu'elle ne proscriit pas complètement la violence sexuelle privée car la violence sexuelle dans le mariage ne met pas en danger l'ordre social comme le fait la violence hors mariage.

Ce n'est que très récemment que la jurisprudence a admis de sanctionner le viol marital dans les conditions de droit commun. En fait, la nouvelle jurisprudence, comme l'ancienne, résulte moins du texte même de la loi que d'une certaine évolution des mentalités et du statut de la femme en général, combinée avec la nouvelle conception du viol affirmée lors des débats parlementaires et mettant davantage l'accent sur l'atteinte à la liberté, sur le défaut de consentement, sur le respect de la personne. *"Aux tabous anciens tendent à se substituer de nouveaux, celui de l'exploitation sexuelle d'autrui et surtout celui de la liberté, liberté de l'acteur et liberté du partenaire auquel on ne saurait imposer un comportement sexuel"* (Devèze, p.292). A l'honneur des familles succède l'honneur et la dignité de la femme, conjointe ou non. Elle aussi peut refuser de consentir aux relations sexuelles, il n'y a plus de sa part présomption d'un consentement "générique" à avoir des rapports sexuels avec le conjoint en toutes circonstances.

L'évolution générale montre ainsi une tendance à une moindre prise en compte du lien familial en tant que tel, à la fois en ce qui concerne l'enfant, au niveau des incriminations par extension de sa protection vis-à-vis des autres personnes et à celui des pénalités par rapprochement entre peines

de base et peines aggravées, et en ce qui concerne la conjointe par suppression des discriminations à son encontre et application du droit commun.

L'accent mis par la loi de 1980 sur la victime, plus que sur l'acte ou sur l'auteur, contribue à cette évolution.

Cela est nette pour les rapports entre conjoints : l'élargissement de la définition du viol à d'autres actes que le coït, jugés aussi traumatisants pour la victime et amenant à ne plus distinguer entre actes "normaux" et actes "déviant" ou "contre-nature"; l'accent mis sur la meurtrissure psychique, sur l'atteinte à la liberté, amènent à ne plus distinguer le viol marital de tout autre viol.

Dans les rapports de l'enfant avec ses ascendants ou personnes ayant autorité sur lui, la qualité de l'auteur paraît prédominer. Mais on peut aussi considérer que l'assimilation des deux catégories de personnes, y compris pour la répression de l'attentat à la pudeur sans violence sur mineur de plus de 15 ans, montre que l'on tient surtout compte de l'évolution des situations familiales et de l'intérêt de l'enfant. Face à l'ascendant ou à la personne ayant autorité sur lui, le mineur perd sa liberté sexuelle, même après 15 ans, sa séduction est facilitée par sa situation - dépendance économique, psychologique, communauté de vie - qui, de fait, est la même que l'auteur soit un ascendant au sens légal ou un substitut, une autre figure parentale (beau-père, oncle, concubin de la mère ou autre) : le traumatisme psychologique pour l'enfant ou l'adolescent est le même. L'abaissement des peines encourues et la prolongation du délai de dépôt de plainte en cas d'inceste laissent aussi penser qu'on cherche moins à sanctionner, c'est-à-dire surtout à rassurer la conscience collective, qu'à "rendre la parole à la victime" en lui facilitant l'accès à la justice.

On tend moins à retenir le lien de parenté en tant que tel: le lien conjugal n'est plus, pour la cour de cassation, un obstacle à la répression du viol et le lien unissant l'enfant à l'auteur est plus un lien social, de responsabilité, qu'un lien de sang ou même un lien familial, ou plutôt il s'agit d'un lien familial élargi, tenant compte des situations de fait et non limité à un lien juridique entraînant des obligations légales. Le viol est une atteinte à la personne elle-même, à son intégrité physique, à sa liberté, plus qu'à la personne considérée dans son statut social de conjointe ou d'enfant mineur soumis à l'autorité paternelle stricto-sensu.

L'étude de la répression des violences sexuelles montre l'importance des constructions jurisprudentielles et doctrinales dans l'interprétation et l'évolution de la loi pénale;

Dans l'interprétation et l'*application* de la loi : définition de l'ascendant au sens d'ascendant légitime, naturel ou adoptif; de la notion "d'autorité" comme autorité de droit ou de fait, ce qui permettait l'application de la circonstance aggravante à d'autres membres de la famille que les ascendants (beau-père, oncle, concubin); interprétation stricte de la notion de violence, puis extension à la violence morale, la contrainte; définition du viol comme étant une "conjonction illicite", distinction entre actes "normaux" et actes "contre-nature", et accent mis sur "l'intérêt des familles" aboutissant à rendre juridiquement impossible le viol conjugal; réticence actuelle de certaines juridictions à qualifier viols des actes de pénétration sexuelle autres que le coït ou bien le coït accompli avec violence entre conjoints;

Dans l'évolution de la loi en manifestant soit par une stricte application des textes en vigueur, soit par leur non-

application, l'opportunité de les modifier : application de la notion d'autorité aux ascendants durant la seule minorité du descendant amenant la mention du terme "ascendant" dans la loi en 1832; tentatives des cours d'assises de réprimer les attentats à la pudeur sur enfant même commis sans violence physique, par assimilation de la violence morale à la violence physique ou par application du délit d'excitation de mineur à la débauche, tentatives condamnées par la cour de cassation, ce qui devait provoquer le législateur à incriminer en 1832 l'attentat sans violence sur enfant, puis en 1863 à élever l'âge de protection de 11 à 13 ans; pratique de la correctionnalisation judiciaire par déqualification du crime de viol en délit de "coups et blessures" ou "violences", et donc non-application des peines du viol, jugées excessives, incitant le législateur de 1980 à baisser l'échelle des peines.

La jurisprudence avait donc pour conséquence, tantôt l'extension de la protection (enfant), tantôt sa réduction (conjointe); La jurisprudence de base, en traduisant la conscience sociale et en dépassant les termes de la loi ou en en restreignant la portée, dépassement ou restriction que la cour de cassation ne peut que condamner, en révèle les lacunes ou les excès et sert en quelque sorte d'aiguillon au législateur.

La lecture des lois et arrêts révèle leur contenu juridique mais aussi idéologique, c'est-à-dire des jugements de valeur dans le domaine morale, politique.

Malgré la laïcisation du droit pénal, un jugement moral apparaît sur ce que doit être une sexualité "normale" par la distinction opérée par les tribunaux entre actes "normaux" et actes "déviant" ou "contre-nature", par les tentatives de réprimer, avant la loi, les relations sexuelles avec un enfant au-dessous d'un certain âge, ou par l'incrimination de l'homosexualité : l'acte normal est le coït avec un adulte.

La correctionnalisation judiciaire révèle la méfiance des magistrats professionnels envers les jurés d'assises, mais aussi une certaine méfiance envers la parole des enfants et le désir de nier l'inceste, de gommer l'aspect sexuel en ne poursuivant que pour violences physiques.

La jurisprudence relative au viol montre le prix attaché à la virginité, à l'honneur des pères et des maris. Celle relative aux rapports entre conjoints traduit l'évolution du statut de la femme allant d'une optique nataliste, familialiste, une conception traditionnelle du mariage où la femme doit obéissance au mari et est surtout considérée comme procréatrice, à une vision plus égalitaire, la première conception perdurant chez certains magistrats comme l'indique leur hésitation à sanctionner le viol conjugal. La jurisprudence peut inciter le législateur à intervenir, mais peut aussi résister à l'application des lois nouvelles. La loi pénale, si elle est utile, ne suffit pas à elle seule à faire évoluer les mentalités et peut même y faire obstacle en focalisant l'attention sur les cas-limites et en évitant un débat de fond : *"Peu à peu des hommes, à travers des procédures légales et judiciaires, en sont venus à reconnaître qu'il existe des cas condamnables: le viol d'abord, le harcèlement sexuel dans une moindre mesure, la contrainte aux rapports conjugaux tout récemment. Assez paradoxalement la reconnaissance de ces cas comme isolés permet d'éviter l'affrontement de la structure dans laquelle ils s'inscrivent. Toute mise en question de celle-ci apparaît comme une atteinte à la "liberté sexuelle", liberté qui est en fait domination d'une catégorie sexuée sur l'autre... Au-delà de la condamnation judiciaire des excès et des cas-limites, c'est donc à une réflexion et à un travail éthico-politique que nous sommes appelés aujourd'hui. Il ne s'agit pas d'imposer des principes moraux régissant telle ou telle pratique sexuelle, mais d'assumer le fait que le rapport sexuel est duel et suppose une dualité d'égaux. La sexualité n'est pas un droit; Nul n'a droit à l'autre, n'a droit sur l'autre"* (F Collin, Cahiers du féminisme n°55, 1990,p.10).

BIBLIOGRAPHIE

- ALEGRE J., "le traitement pénal et civil de l'inceste par les juridictions", in: AFIREM, *enfants maltraités*, congrès d'Angers 1986, Paris 1987.
- ANGEVIN H., Note sous arrêt Cass.Crim.5 Juillet 1990, *Dalloz*, 1991,n°2,hebdo.10 Janvier 91, p.13.
- ASSOCIATION NORMANDE DE CRIMINOLOGIE, *L'inceste en milieu rural*, Paris, Vrin, 1977.
- ASSOCIATION NORMANDE DE CRIMINOLOGIE, *Aspects de la violence dans les relations sexuelles*, Paris, Vrin, 1979.
- ASSOCIATION POUR LA PREVENTION DE LA VIOLENCE EN PRIVE, *violences en privé*, Actes du colloque de Paris, ronéo, 1987.
- BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, Genève, Librairie Droz, 1965.
- BOITARD, *Leçons de droit criminel*, Paris, 1836, 13^eédit.revue par Villey, 1889.
- BONGRAIN M., *La loi au secours de l'enfant maltraité?*, Paris, CTNERHI, 1987.
- BORDEAUX M., HAZO B., LORVELLEC S., *Qualifié viol*, Genève, Méridiens Klincksieck, collection Déviance et Société, 1990.
- BOURDEILLETTE A., *Lois protectrices de l'enfance*, Lavour, Salvat, 1907
- BROWNMILLER S., *Le viol*, Paris, Stock, 1976.
- CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1979.
- CHALON S., *L'enfance brisée*, Paris, Le Pré aux Clercs, 1988.
- CHAUVEAU A., HELIE F., *Théorie du code pénal*, Paris, 1840, 6^eédit.annotée et mise à jour par Villey, 6 vol., Marchal et Billard, 1887.
- CHESNAIS J.C., *Histoire de la violence*, Paris, R.Laffont, 1981.
- CHOISIR (préface de G.Halimi), *Contre le viol, le procès d'Aix*, Paris, Gallimard, 1978.
- CLARAC V., BONIN N., *De la honte à la colère*, Paris, 1985.

- COLLECTIF FEMINISTE CONTRE LE VIOL, *Viols, Femmes, Informations*, Paris, 1989
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*, Strasbourg, 1984
- DASTE, *De la recherche de la paternité hors mariage*, Toulousé, 1873.
- DECOCQ, "La loi du 23 Décembre 1980", *Revue de Science Criminelle*, 1981, p.411-413.
- DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression*, Paris, PUF, 1980.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, "Approche juridique et criminologique de l'inceste", *CREAI Aquitaine Informations*, Février 1987.
- DELTAGLIA L., *Les abus sexuels envers les enfants*, ronéo, 1988; et Cahiers du CRIV, Janvier 1990.
- DEVEZE J., "La sexualité en droit pénal contemporain", in: *Droit, Histoire, Sexualité*, Paris, L'espace juridique, 1987.
- DHAVERNAS O., *Actes*, n°70, 1990, p.44-46.
- DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3°éd., Paris, Sirey, 1947.
- DUBY G., *Histoire de la vie privée*, T.4 et 5, Paris, Seuil, 1985.
- DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets*, Paris, 1834
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827.
- FONDATION POUR L'ENFANCE, *Dossier inceste, sélection documentaire*, Février 1987.
- FONTAINE M., "Les aspects médico-légaux", in: *Mère mortifère, mère meurtrière, mère mortifiée*, Paris, ESF, 1984.
- FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, t.1: La volonté de savoir, Paris, Gallimard, 1976.
- GAL H. note sous arrêt Nîmes 27 Novembre 1953, *La Semaine Juridique (JCP)*, 1954, II, 8390.
- GARCON E., *Code pénal annoté, nouvelle édit. 1952-59* par Rousselet, Patin, Ancel, Paris, Sirey, tome 2.
- GARCON E., *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris, Payot, 1922.

- GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^eédit. 1913-42, Paris, Sirey, Tome V.
- GENDREL, "Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle", *Revue pénitentiaire*, 1964, p.32-60.
- GETTI J.P., "Le juge face au phénomène incestueux", *Neuropsychiatrie de l'enfance*, 1985, 33(6), p.227-233.
- GLOWACZ F., "De l'abus sexuel intra-familial à la définition des responsabilités", *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, n°10, Privat, 1989, p.21-27.
- GOYET F., *Droit pénal spécial*, 8^eéd., Paris, Sirey, 1972.
- HANSA R., LAPOUGE G., *Les femmes, la pornographie, l'érotisme* Paris, Seuil, 1978.
- JUSTICE 77, n°55, Mai 1977, p.18-27.
- INSTITUT DE L'ENFANCE ET DE LA FAMILLE, *Pour pouvoir en parler*, Dossier documentaire enfance maltraitée.
- JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771.
- KEMPE R. et H., *L'enfance torturée*, Bruxelles, P.Mardaga, 1978.
- KRYWIN A., "Le droit et l'idéologie", *Déviante et société*, 1979, III, 1, p.69-76.
- LAINGUI A., LEBIGRE A., *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, 2 tomes.
- LAMBERT L., *Traité de droit pénal spécial*, Paris, édit. Police, 1968.
- LENOIR-DEGOUMOIS V., "phénoménologie des mauvais traitements des enfants dans la famille", *Dialogue* n°78, 1982, p.44-57.
- LASCOUMES P., PONCELA P., DENOËL, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.
- LE SELLYER A., *Etudes historiques, théoriques et pratiques sur le droit criminel*, 2^eéd., Paris, Durand et Pédone, 1874-75, t.1 et 2.
- LEVASSEUR G., "les infractions contre la famille et la moralité sexuelle", *Revue internationale de droit pénal*, 1964, n°3-4, p.755-
- LEVASSEUR G., note sous arrêt T.C.Aix en Provence 5 Avril 1972, *Revue de sciences criminelles*, 1972, 392 et note sous arrêt Cass.Crim.22 Février 1984, *Revue de sciences criminelles*, 1985, 81.

- LOCRE J.G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827.
- MAYER D., *Dalloz*, 1981,chr.XXXIX et 1988,chr.XXXIII.
- MAYER D., note sous arrêt Cass.Crim.23 Janvier 1981, *Dalloz*, 1982,2,288 et note sous Cass.Crim.17 Août 1984, *Dalloz*,1985,7.
- MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 4^eédit.1812-25,17vol.
- MERLIN, note sous arrêt Cass.Crim.18 Juin 1840, *Sirey*,1840,1,656.
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Compte Général de la Justice Criminelle en France*, Paris, annuel depuis 1825.
- MOLINES H., "L'évolution de la législation", in: *Mère mortifère, mère meurtrière, mère mortifiée*, Paris, ESF, 1984.
- MONTES DE OCA M., YDRANT C., MARKOWITZ A., *Les abus sexuels à l'égard des enfants*, Paris, CTNERHI, 1990.
- MORIN A., *Répertoire général et raisonné de droit criminel*, Paris, Durand, 1850-51, vol.I.
- MOUVEMENT FRANCAIS POUR LE PLANNING FAMILIAL, *Les viols par inceste et les agressions sexuelles intra-familiales*, ronéo 1988, et *La lutte contre les abus sexuels à l'égard des enfants*, dossier documentaire, ronéo, 1988.
- MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Paris, 1770.
- NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, 1984.
- ORTOLAN J.L., *Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 3^eéd.1863-64, 2 vol.
- OURLIAC P., MALAFOSSE J., *Histoire du droit privé*, t.3: le droit familial, Paris, 1968.
- PERARD R., *De l'influence de la paternité et de la filiation sur l'incrimination et la pénalité*, Thèse Doc.dr.Paris,1906.
- PLOSCOW, Rapport général et conclusions du IX^e congrés international de droit pénal de La Haye, Août 1964, *Revue internationale de droit pénal*,1964,n°3-4,p.1035-1064.
- PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, 1844.
- POULETAUD, *Les bourreaux d'enfants*, Thèse,Paris,1960.

- POUMAREDE J., "L'inceste et le droit bourgeois au 19^e siècle",
in: *Droit, Histoire, Sexualité*, L'espace juridique, 1987.
- PUECH M., note sous arrêt Grenoble 4 Juin 1980, *Dalloz*, 1981, IR.154
- RASSAT M.L., *Attentats aux mœurs*, Jurisclasseur pénal, articles
330 à 333-1, 1982.
- RASSAT M.L., "inceste et droit pénal", *La semaine juridique*
(JCP), 1974, I, 2614.
- RAYMOND G., *Droit de l'enfance*, Paris, 1983.
- REPERTOIRE DE DROIT CRIMINEL ET DE PROCEDURE PENALE, *Attentats*
aux mœurs/viol, 1^oédit.1953, vol.I et II.
- ROBERT P., LAMBERT T, FAUGERON C., *Image du viol collectif*
et reconstruction d'objet, Paris, Masson, 1976.
- ROJTMAN S., VIGAN M.A., *Cahiers du féminisme*, n°55, 1990.
- ROUYER M., DROUET M., *L'enfant violenté. Des mauvais traitements*
à l'inceste, Paris, Païdos/Le Centurion, 1986.
- RUSH F., *Le secret le mieux gardé: l'exploitation sexuelle*
des enfants, Paris, Denoël/Gonthier, 1983.
- SAVEY-CASARD, *Revue pénitentiaire*, 1964, p.9-30.
- STRAUS, MANCIAUX, DESCHAMPS, *Les jeunes enfants victimes de*
mauvais traitements, Paris, CTNERHI, 1978.
- TARDE G., *Les transformations du droit. Etude sociologique*,
Paris, F.Lacan, 5^oéd.1906.
- TARDIEU A., *Etude sur les attentats aux mœurs*, Paris, J.B.
Baillièrre, 1857.
- THOMAS E., *Le viol du silence*, Paris, Aubier, 1986.
- VERON M., *Manuel de droit pénal spécial*, Paris, 3^oédit.1988.
- VIFF SOS FEMMES, *L'inceste...une affaire de famille?*, T.3:
du côté des médecins, chercheurs, législateurs, 1988.
- VITU A., *Traité de droit criminel*, Tome 3: droit pénal spécial,
Paris, Cujas, 1982.
- VOUIN R., *Droit pénal spécial*, 6^oédit.par M.L.Rassat, Paris,
Dalloz, 1988.
- VOUIN R., "Politique et jurisprudence criminelles", in: *La*
chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études
en hommage à M.Patin, Cujas, 1968.
- WELZER-LANG D., *Le viol au masculin*, Paris, L'Harmattan, 1988.

ABREVIATIONS

-
- B. ou Bull. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation.
- Cass.crim. ou Crim. : Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle;
- C.civ. : Code civil.
- C.pén. ou C.P. : Code pénal.
- D. : Recueil Dalloz.
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais.
- J.O. : Journal officiel.
- Juriscl. pén. : Jurisclasseur pénal.
- J.C.P. : Juris-classeur périodique (Semaine juridique).
- Rev.intern.dr.pén. : Revue internationale de droit pénal;
- Rev.pénit. : Revue pénitentiaire.
- Rev.sc.crim. ou R.S.C. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
- S. : Recueil Sirey.

DOCUMENTS ANNEXES

LEGISLATION

CODE DE 1791:

Art.29 : "Le viol sera puni de six années de fers."

Art.30 : La peine portée en l'article précédent, sera de 12 années de fers, lorsqu'il aura été commis dans la personne d'une fille âgée de moins de 14 ans accomplis, ou lorsque le coupable aura été aidé dans son crime par la violence ou les efforts d'un ou de plusieurs complices.

CODE DE 1810 :

Art.331 : 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.

Art.332 : Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de 15 ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps.

Art.333 : 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, où s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes.

Art.334 : Quiconque aura attenté aux moeurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans,

et d'une amende de 50 à 500 francs. Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de 2 ans à 5 ans d'emprisonnement, et de 300 à 1000 francs d'amende.

LOI DU 28 AVRIL 1832 :

Art.331 : Tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe âgé de moins de 11 ans, sera puni puni de la réclusion;

Art.332 : 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 15 ans accomplis, le coupable subira le maximum de la peine des travaux forcés à temps.

Quiconque aura commis un 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.

Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de 15 ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps.

Art.333 : Si les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat, s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs la peine sera celle des travaux forcés à temps dans le cas prévu par l'article 331, et des travaux forcés à perpétuité dans les cas prévus par l'article précédent.

LOI DU 13 MAI 1863 :

Art.331 : Tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe âgé de moins de 13 ans sera puni de la réclusion.

Sera puni de la même peine, l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de 13 ans, mais non émancipé par le mariage.

ORDONNANCE DU 2 JUILLET 1945 :

Art.331 : identique à la seule différence de l'âge fixé à 15 ans.

**LOI N° 80-1041 DU 23 DÉCEMBRE 1980
RELATIVE À LA RÉPRESSION DU VIOL
ET DE CERTAINS ATTENTATS AUX MOEURS**

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,
Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Art. 1er. — I. — L'article 332 du code pénal est rédigé ainsi qu'il suit:

«*Art. 332.* — Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise, constitue un viol.

«Le viol sera puni de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.

«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».

II. — L'article 333 du code pénal est rédigé comme suit:

«*Art. 333.* — Tout autre attentat à la pudeur commis ou tenté avec violence, contrainte ou surprise sur une personne autre qu'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de trois 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 défini à l'alinéa premier sera puni d'un emprisonnement de cinq 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 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 sous la menace d'une arme, 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».

III. — L'article 331 du code pénal est rédigé ainsi qu'il suit:

«*Art. 331.* — 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 6000 F à 60000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

«Sans préjudice des peines plus graves prévues par l'alinéa précédent ou par l'article 332 du présent code, sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans ou d'une amende de 60 F à 20.000 F quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu mineur du même sexe.

Toutefois, l'attentat à la pudeur sur la personne d'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de cinq 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».

IV. — Il est inséré dans le code pénal, après l'article 331, un article 331-1 ainsi qu'il suit:

«*Art. 331-1.* — Tout attentat à la pudeur sur la personne d'un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage commis ou tenté sans violence ni contrainte ni surprise, 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, sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 2.000 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement».

V. — L'alinéa 2 de l'article 330 du code pénal est supprimé.

VI. — Il est inséré dans le code pénal, après l'article 333, un article 333-1 rédigé ainsi qu'il suit:

«*Art. 333-1.* — Tout attentat à la pudeur précédé ou accompagné de tortures ou d'actes de barbarie sera puni de la réclusion criminelle à perpétuité».

Art. 2. — Il est ajouté à la fin de l'article 378 du code pénal un nouvel alinéa ainsi rédigé:

«N'encourt pas les peines prévues à l'alinéa 1er tout médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer qu'un viol ou un attentat à la pudeur a été commis».

Art. 3. — Il est inséré dans le code de procédure pénale un article 2-2 ainsi rédigé:

«*Art. 2-2.* — Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles, peut exercer les droits reconnus à la partie civile, en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 332, 333 et 333-1 du code pénal. Toutefois, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la victime ou, si celle-ci est mineure, celui du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal».

Art. 4. — Il est inséré dans l'article 306 du code de procédure pénale, après le deuxième alinéa, un nouvel alinéa rédigé ainsi qu'il suit:

«Lorsque les poursuites sont fondées sur les articles 332 ou 333-1 du code pénal, le huis-clos est de droit si la victime partie civile, ou l'une des victimes parties civiles le demande; dans les autres cas, le huis-clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile, ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas».

STATISTIQUES.

INFRACTIONS CONSTATEES

Année	viol	Attentat à la pudeur
1980	1886	6317
1981	2167	6550
1982	2459	7185
1983	2803	6773
1984	2859	6497
1985	2823	6494
1986	2937	6411
1987	3196	7002

Ministère de l'Intérieur. Ensemble des infractions constatées par la gendarmerie et la police nationale. La Documentation française.

CONDAMNATIONS PRONONCEES.

Infraction	1984	1985	1986	1987
Viol				
sur mineur	44	74	85	99
sur majeur	502	520	508	—
Attentat à pudeur				
sur mineur :				
par ascendant	271	269	284	279
autre	1061	1145	1136	1092
Attentat à pudeur				
sur majeur :				
par ascendant	58	64	58	—
autre	1122	1207	1214	—
Proxénétisme				
envers mineur	37	36	22	12
Incitation mineur				
à débauche	39	78	124	102

Ministère de la Justice. Annuaire statistique de
la Justice. La Documentation française;

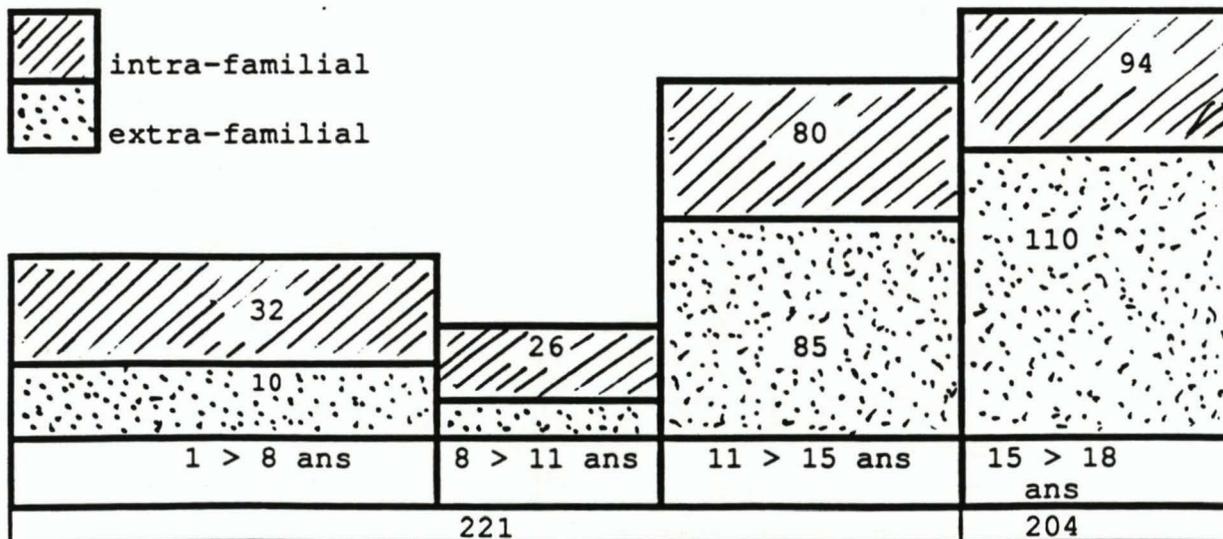
APPELS RECUS A LA PERMANENCE TELEPHONIQUE "VIOLS-FEMMES-
INFORMATIONS" EN 1989.

Nombre d'appels

- viols extra familiaux	488	85% ont donné leur âge 213 étaient mineurs soit 51%
- viols intra-familiaux	538	dont 212 actuellement concernés soit 39,4%
- viols conjugaux	32	
Nombre total des viols	1 058	
- Agressions sexuelles aggravées	102	tentatives de viol dont 22% sur des mineurs

LE VIOL SUR LES MINEURS

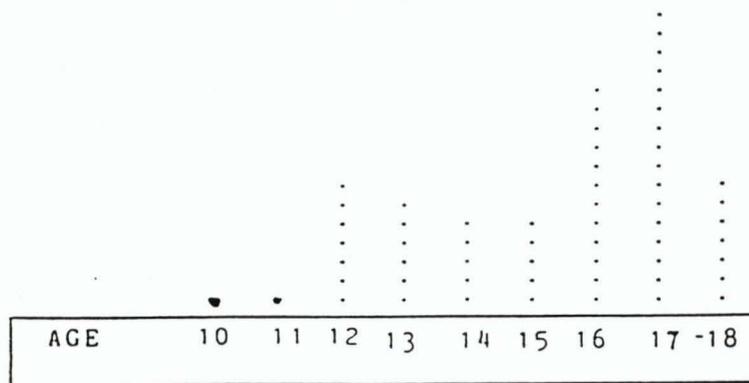
Age des victimes



Age au moment de l'appel

- 177 adultes pour faits anciens dont 86 de moins de 28 ans
- 231 mineures actuellement concernées (56,6%)
 - 60 indéterminés

60 mineures ont appelé elles-mêmes (tableau des âges ci-après)

Age des 60 mineures ayant appelé pour viols intra-familiaux**Ecart entre l'appel et les faits**

Pour les femmes appelant elles-mêmes :

	moins d'1 an	entre 1 et 5 ans	entre 5 et 14 ans	entre 14 et 20 ans	entre 20 et 55 ans
viols intra- et extra- familiaux	53%	15%	32%		
viols extra- familiaux	90%	0%	10%	0%	
viols intra- familiaux	15%	30%	0%	55%	

Durée des sévices sexuels intra-familiaux

Le tableau suivant est particulièrement parlant ... Contrainte, enfermement, solitude pendant des années. L'espoir d'être aidée et la confiance dans les adultes et les institutions vont s'amenuisant puisque malgré tous les signes ou les mots dits, personne ne vous croit ou ne veut faire quelque chose.

ANNEE	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
Nbre DE FEMMES	12	15	8	12	7	6	11	12	1	6	1	3	1	2

97 femmes ou adolescentes ont mentionné la durée

Provenance des appels

Le tableau suivant ne porte que sur les viols intra familiaux :

208	personnes concernées	45,0%
97	les mères	21,3%
17	les grands mères	3,6%
28	un membre de la famille	5,9%
33	des amis (es)	6,9%
17	assistantes sociales)
7	personnel scolaire	(
6	personnel sanitaire)
5	éducateurs	(8,4%
2	conseillères conjugales)
3	policiers - gendarmes	(
	autres ...	
427	appels concernant 538 enfants :	519 filles 19 garçons

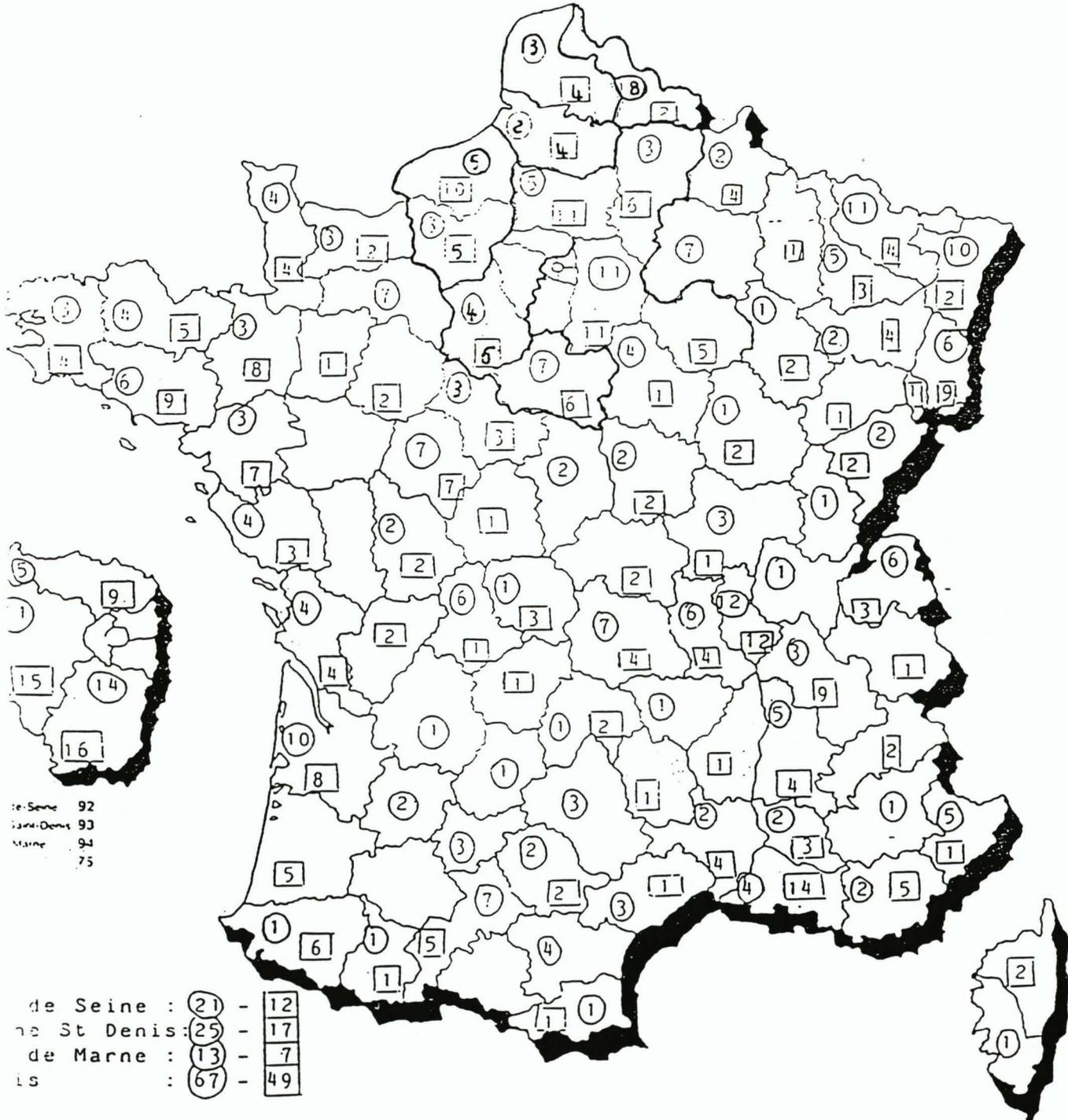
QUI SONT LES AUTEURS DES VIOLS INTRA-FAMILIAUX ?

Mère	0,02%
Homme ayant autorité	6,61%
Cousin	3,33%
Frère	8,65%
Oncle	5,83%
Grand-père	6,10%
Beau-père	15,26%
Père	54,20%

REPARTITION DES APPELS PAR DEPARTEMENTS

Viols ○

Viols par inceste □



VIOLS ET VIOLENCES CONJUGALES

87 appels 32 viols conjugaux
 55 violences, menaces, harcèlement

Région parisienne	27%
Province	66%
Indéterminés	7%

- Les rapports sexuels imposés sous la menace, par la contrainte physique commencent à être nommés et dénoncés par les femmes qui les subissent comme des "viols".
- Forcée à une sodomisation après avoir été obligée de regarder des cassettes vidéo porno ou Canal plus ...
- Forcée pour vengeance par le mari et deux de ses copains ...
- Violée par l'ex concubin ou l'ex compagnon, ne supportant pas la séparation et s'introduisant chez la femme sous des prétextes divers ou par la violence ...
- Obligée sous la menace par le mari à des relations avec une autre femme ...
- Obligée à des relations devant les enfants ...
- Contrainte à des tenues, à des gestes ...

Les violences conjugales se prolongent souvent par des violences sexuelles, acte d'humiliation dont la femme se relève mal.

La Campagne de la Secrétaire d'Etat aux Droits des Femmes a entraîné une augmentation des entretiens téléphoniques relatifs aux violences conjugales :

28 dans les dix premiers mois

25 pendant les deux derniers mois de 1989.

L.DELTAGLIA, LES SEVICES SEXUELS ENVERS LES ENFANTS, 1988
(la Tribune de l'enfance, Nov/Déc.1988, p.5).

Approche judiciaire

Expertise judiciaire d'enfants (L. Deltaglia)

L'étude porte sur 90 sujets dont 59 sont des victimes et 3 : des auteurs d'abus sexuels. Ces personnes ont été expertisées au cours d'une procédure civile ou pénale, il est donc impossible de généraliser. Cependant, les tendances révélées sont intéressantes en elles-mêmes. Il en ressort les remarques suivantes :

Les victimes :

59 enfants de moins de 15 ans au moment des faits, ou à leur début, s'ils ont eu une certaine durée.

Sexe : filles 76 % — garçons 24 %.

Age : de 3 ans 1 mois à 14 ans 9 mois, moyenne 9 ans 4 mois.

moins de 6 ans	18 %
de 6 à 10 ans	37 %
de 10 à 12 ans	15 %
de 12 à 15 ans	29 %
Origine de l'abus : les familles	49 %
les proches	29 %
les étrangers	22 %

Types d'abus subis :

baisers, caresses	63 %
masturbation de l'auteur par l'enfant	30 %
contact oro-génital	23 %
contact génital incomplet	45 %
pénétration vaginale	25 %
pénétration anale	3 %

(Le total est supérieur à 100 % car les enfants sont victimes de plusieurs de ces abus).

Crédibilité des aveux :

satisfaisante	82 %
réservée	18 %

Conséquences des abus, pas de trouble apparent lors de l'expertise 33 % ; troubles antérieurs aux faits 45 % ; troubles directement rattachés aux faits 23 %.

Mais ceci est évidemment très délicat à apprécier et surtout il n'y a aucun moyen de prévoir les répercussions ultérieures.

L'auteur de l'étude se demande si le relatif équilibre de l'enfant n'est pas dû justement au fait qu'il y a eu plainte, que celle-ci a été entendue, et donc que l'enfant a été conforté dans son bon droit.

Les auteurs :

Sur 31 abuseurs,

- 55 % ont agi dans leur famille
- 16 % auprès d'enfants proches
- 29 % sur des enfants inconnus
- 16 % ont moins de 18 ans
- 16 % ont de 18 à 25 ans
- 68 % ont plus de 25 ans
- 70 % ont été incarcérés immédiatement
- 50 % manifestent gêne, honte, remords
- 45 % présentent une pathologie assez importante.

Remarques : pas d'inceste mère-fils, pas d'inceste frère-sœur dans l'étude.

AMET, LES STATISTIQUES DE L'INCESTE.

(l'inceste en milieu rural, 1977)

Etude de 128 cas d'incestes en Normandie :

En zone rurale, l'inceste est porté à la connaissance des gendarmes par des moyens divers. Nous avons relevé dans notre étude :

- 40 cas de dénonciations par la mère, soit 31,25 %
- 23 affaires (17,96 %) se sont révélées à l'occasion d'enquêtes diverses, soit administratives (9 cas : 7,03 %), soit judiciaires (14 cas : 10,93 %)
- 17 cas de dénonciations par différentes personnes (voisins, institutrice, grands-parents, etc...) soit 13,28 %
- 14 cas de dénonciations par les victimes, soit 10,93 %
- 11 cas de dénonciations par personnes désirant l'anonymat, soit 8,59 %
- 10 cas ont été connus à travers la rumeur publique qui se répand sans qu'on en connaisse l'origine, soit 7,81 %
- 10 cas, 7,81 % de l'ensemble, ont été connus à la suite d'accouchements des victimes, sans qu'il y ait eu de dénonciation préalable
- 1 cas enfin, d'auto-accusation, soit 0,78 %.

comme il est traité de l'inceste en milieu rural, il peut être intéressant de connaître les professions des auteurs sur les 128 cas que nous avons recensés :

- 29 ouvriers agricoles.....	22,65 %
- 19 ouvriers ou petits employés dans entreprises de peu d'importance.....	14,84 %
- 17 ouvriers d'usines.....	13,28 %
- 13 artisans de campagne.....	10,15 %
- 13 manœuvres.....	10,15 %
- 8 sans profession, car n'étant pas susceptibles d'en exercer.....	6,25 %
- 8 sans profession par chômage ou paresse.....	8 %
- 7 petits fonctionnaires.....	5,46 %
- 6 cultivateurs propriétaires.....	4,68 %
- 6 sans profession, car invalides du travail.....	4,68 %
- 1 bûcheron.....	0,78 %
- 1 profession libérale.....	0,78 %

Cette dernière énumération confirme l'idée largement répandue que l'inceste est pratiqué dans les milieux modestes où, par voie de conséquence, les conditions économiques et en particulier de logement sont défavorables.

Il peut être également intéressant de signaler que dans notre étude, sur 128 cas, nous avons recensé deux cas d'incestes mère-fils, soit 1,56 % ; 17 cas d'incestes frère-sœur, soit 13,28 % ; 108 cas d'incestes père-fille, soit 84,37 %.

LES ABUS SEXUELS INTRA-FAMILIAUX.

- p.1 L'abus sexuel, une forme de violence parmi d'autres.
6 Objet de l'étude.

10 PREMIERE PARTIE : LES RELATIONS INCESTUEUSES.

11 De la rigueur de la répression au silence des codes.

30 Les codes de 1791 et de 1810 :

31 I- Les incriminations.

35 II-Les circonstances aggravantes.

38 Le lien d'ascendance, circonstance aggravante : la loi du 28 Avril 1832.

38 I- La qualité d'ascendant.

42 II-Le lien d'ascendance, circonstance aggravante du viol et de l'attentat à la pudeur avec violence.

45 III-Le lien d'ascendance, circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur sans violence.

49 L'ascendant complice.

52 Le lien d'ascendance, élément constitutif d'une infraction spécifique : la loi du 13 Mai 1863:

57 I- Extension de la répression des attentats sans violence.

62 II-Fondement de l'incrimination spécifique aux ascendants

68 Les autres liens de parenté, éléments indifférents en l'absence d'un rapport d'autorité.

69 I- La notion d'autorité.

71 II-Application de la notion d'autorité dans la famille.

78 III-Parents ou alliés non investis d'une autorité quelconque

- 80 De 1863 à 1980 : l'effritement du champ de la spécificité.
 81 I- Elévation de l'âge de la majorité sexuelle.
 82 II-Incrimination de l'homosexualité avec un mineur.
 85 III-Réforme du délit d'excitation de mineur à la débauche.
 86 IV-Abaissement de l'âge de la majorité civile.
- 89 L'autorité parentale, une source d'abus de pouvoir
 comme les autres : la loi du 23 Décembre 1980.
- 91 I- Non-incrimination de l'inceste et assimilation des
 personnes ayant autorité aux ascendants.
 95 II-Définition légale du viol.
 100 III-Diminution générale des peines.
 111 IV-La nature incestueuse des relations : une circonstance
 aggravante comme les autres.
- 115 Projet de code pénal.

118 DEUXIEME PARTIE : LES ABUS SEXUELS ENTRE CONJOINTS.

- 119 L'incompatibilité des qualités de mari et de violeur.
 120 I- En principe, il ne pouvait y avoir viol ou attentat
 à la pudeur entre conjoints.
 122 II-Cependant, l'attentat à la pudeur était admis sous
 certaines conditions.
 128 III-On retenait parfois d'autres qualifications pénales.
- 130 De l'honneur des familles à la dignité de la personne.
 130 I- Le viol, atteinte à l'honneur des familles.
 135 II-Le viol, atteinte à la dignité de la personne.
- 138 La difficile reconnaissance du viol conjugal.
 138 I- Les débats parlementaires.
 139 II-La doctrine.
 140 III-La jurisprudence.
- 152 1791-1991 : survol de deux siècles de répression (ou
 de non-répression);
 163 Bibliographie
 169 Annexes

Imprimé par le Service d'Impression, de Dessin et d'Audio-Visuel de l'IRESO-CNRS.

59-61 rue Pouchet 75849 Paris cedex 17