



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de droit pénal et sciences pénales**

**Dirigé par Yves Mayaud**

**2010**

***Le couple et le droit pénal***

**Stéphanie Godin**

**Sous la direction d'Agathe Lepage**

**UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II**

**Master 2 Droit pénal et sciences pénales**

Année universitaire 2009-2010

# Le couple et le droit pénal

Mémoire présenté

par

Stéphanie GODIN

**Réalisé sous la direction du professeur Agathe LEPAGE**

AVERTISSEMENT :

LES OPINIONS EXPRIMEES DANS CE MEMOIRE SONT PROPRES A LEUR AUTEUR  
ET N'ENGAGENT PAS L'UNIVERSITE PANTHEON – ASSAS

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier sincèrement le Professeur Agathe Lepage, qui, en tant que Directrice de mémoire, s'est toujours montrée à l'écoute et très disponible tout au long de la réalisation de ce dernier. Je la remercie ainsi pour l'inspiration, l'aide et le temps qu'elle a bien voulu me consacrer.

## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ Fam.	Actualité Juridique Famille
AJ Pén.	Actualité Juridique Pénal
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CESEDA	Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile
Comm.	Commentaire
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP G	La Semaine Juridique Edition Générale
JO	Journal officiel de la République française
RSC	Revue de Science Criminelle
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil

## SOMMAIRE

### **Partie 1 – Les infractions au sein du couple et le droit pénal .....16**

*Chapitre 1 – Le couple : circonstance aggravante d’infractions de droit commun ..... 17*

*Chapitre 2 – Le couple : d’une circonstance indifférente à un obstacle aux poursuites pénales..... 50*

### **Partie 2- Les infractions contre le couple et le droit pénal.....75**

*Chapitre 1 – Le couple : une institution entourée par le droit pénal..... 76*

*Chapitre 2 – Le couple : un socle familial protégé par le droit pénal..... 98*

*« Cette chose plus compliquée et plus confondante que l'harmonie des sphères : un couple. »*

Julien Gracq, extrait de *Un beau ténébreux*

## INTRODUCTION

« *Le couple c'est la réunion de deux personnes qui font rarement la paire* »

Cette citation d'Adrien DECOURCELLE <sup>1</sup> peut prêter à sourire en ce qu'elle permet de trouver une justification à tous les déboires rencontrés par le couple au cours de son existence, dans la définition même de celui-ci : « *la réunion de deux personnes qui font rarement la paire* ». Cette définition ne paraît cependant pas totalement exacte. En effet, le terme de « couple » désigne couramment deux choses de la même espèce, mises ou considérées ensemble, mais il ne s'emploie jamais afin de qualifier deux choses allant nécessairement ensemble. C'est alors le terme de « paire » qui lui est préféré. Le couple serait donc plus exactement la réunion de deux personnes qui ne font pas la paire, autrement dit de deux personnes différentes l'une de l'autre. Différentes, ces personnes peuvent l'être en termes de sexe, de nationalité, de religion, de force (physique, économique et sociale), de moralité...mais elles vont néanmoins être à l'origine d'une entité unique, entité qui est appréhendée par le droit : le couple.

La notion juridique de « couple » renvoie inévitablement à celle de « famille » celui-ci constituant la base, le socle de celle-là. Aussi, l'étude de l'évolution de la famille (section 1) est-elle un préalable nécessaire afin de percevoir la notion de couple dans toutes ses dimensions et de soulever toutes les dynamiques qui s'y attachent (section 2).

---

<sup>1</sup> Adrien Pierre-Henri Decourcelle, né en 1821 à Paris et décédé en 1892 à Etretat, était un homme de lettre et auteur dramatique français.

## **Section 1 – La famille, un phénomène aux évolutions marquées**

Pour reprendre les propos de D. FENOUILLET, « *la famille, nœud de vipères ou doux cocon, laisse rarement indifférent* »<sup>1</sup>. Il est vrai que la famille est souvent à l'origine ou au cœur, de relations passionnées d'amour comme de haine.

Le système juridique peine à définir la notion de famille, et ce, en partie, en raison de son universalité et de sa diversité. Il ressort néanmoins des études qui lui sont consacrées quelques grandes caractéristiques qui peuvent lui être rattachées. Phénomène inter temporel et universel, la famille remplit de multiples fonctions tant collectives qu'individuelles. Elle a connu de multiples évolutions dans le sens de l'individualisme, de la liberté, de l'égalité, de l'autonomie de la volonté (privatisation et contractualisation) ... et certains y ont vu alors une « crise de la famille »<sup>2</sup>

Selon D. FENOUILLET<sup>3</sup>, il est tout de même possible de donner une définition de la famille dans les termes suivants : « *c'est un groupe de personnes, qui peuvent être liées par le sang et l'alliance ou la vie commune* ». A. BENABENT réfute une telle définition, la famille n'étant fondée selon lui, que par le mariage ou la filiation : « La simple affection, même avec une vie commune, n'y suffit pas »<sup>4</sup>. On perçoit dès lors les difficultés qui résultent de l'appréhension de la famille par le droit. Une telle appréhension existait pourtant déjà dans le droit romain, ce dernier ayant une conception patriarcale de la famille : *la gens*<sup>5</sup>. Sous l'influence du christianisme, la gens se verra remplacée par la *domus*<sup>6</sup> et sous l'ancien droit cohabitent plusieurs figures familiales comme le *lignage* (parenté légitime) ou la *mesnie* (la vie commune). A la révolution apparaissent les premières revendications en termes de liberté et d'égalité (admission du divorce<sup>7</sup>, sécularisation du mariage...) mais c'est au cours du XXe siècle que les changements les plus importants se produisent, opérant ce que le Doyen

---

<sup>1</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, Introduction, p. 1

<sup>2</sup> E. De Lagrange, *La crise de la famille*, in Mélanges Weill, Dalloz, 1983, p. 353

<sup>3</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, Introduction, p. 1

<sup>4</sup> A. Benabent, *La famille*, 11<sup>e</sup> édition, Litec p. 1

<sup>5</sup> La gens patriarcale réunit tous les descendants mâles d'un même auteur sous la *potestas* du *paterfamilias* au sein d'une famille qui joue un rôle économique et politique important.

<sup>6</sup> La *domus* ou *familia* est le groupe de ceux qui vivent sous le même toit. C'est une famille fondée sur le mariage et placée sous l'autorité du mari-père de famille.

<sup>7</sup> Le divorce est rétabli en 1884 alors qu'il avait de nouveau été aboli par la Restauration en 1816

CORNU qualifie de « *révolution tranquille du droit de la famille* ». Ainsi vont être renforcées la liberté et l'égalité entre époux<sup>1</sup> et à partir des années 1960 une recodification du droit de la famille est réalisée sous l'influence du Doyen CARBONNIER avec entre autres, la loi sur les régimes matrimoniaux (loi du 13 juillet 1965) et la loi relative au divorce (loi du 11 juillet 1975). Enfin à partir de 1985, une troisième vague de réformes intervient avec l'institution du pacte civil de solidarité<sup>2</sup> (loi du 15 novembre 1999), la consécration législative du concubinage (loi du 15 novembre 1999), des modifications apportées au divorce (lois du 30 juin 2000 et 26 mai 2004) ainsi qu'au mariage (lois du 24 août 1993, du 26 novembre 2003 et du 4 avril 2006).

La famille a donc évolué dans le sens d'une plus grande démocratisation, la hiérarchie traditionnelle de la famille tendant à être remplacée par l'égalité au sein du couple<sup>3</sup>. Par ailleurs, elle a subi un réel rétrécissement en ce sens que la composition de la famille prise en compte aujourd'hui par le droit se réduit au seul « foyer »<sup>4</sup>. Ainsi DURKHEIM décrit-il un phénomène sociologique de « *rétrécissement continu de la famille* » qui atteste le passage d'une famille étendue à une famille conjugale ou parentale<sup>5</sup>, celle-ci se recentrant autour du couple et de l'enfant. Le phénomène familial a également évolué vers un individualisme de plus en plus marqué, conduisant au relâchement du lien familial. L'idée sous-jacente réside dans l'apparition de l'autonomie de la volonté en droit de la famille. Enfin, on a vu se développer une désaffection des jeunes générations envers les cadres légaux et donc une tendance à vivre en dehors d'eux, et ce, tout particulièrement dans le cas du mariage.

A. BENABENT explique ce phénomène de la façon suivante : « de plus en plus, la vie familiale est conçue comme constituant un domaine réservé, purement privé qui échappe à l'emprise étatique »<sup>6</sup>. On parle alors de « privatisation de la famille »<sup>7</sup> en ce sens que les volontés individuelles se voient octroyer le pouvoir de régler par des conventions les conflits familiaux.

---

<sup>1</sup> Trois grandes dates : 1907 libre salaire de la femme mariée ; 1938 capacité de la femme mariée et 1942 mesures de représentation ou d'autorisation.

<sup>2</sup> PACS

<sup>3</sup> Désormais, le mariage ne fait naître que des droits et obligations entre deux époux considérés sur un pied de stricte égalité, placés sous la protection de la CEDH

<sup>4</sup> Foyer constitué des seuls époux et de leurs enfants.

<sup>5</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, Introduction, p. 10

<sup>6</sup> A. Benabent, *La famille*, 11<sup>e</sup> édition, Litec p. 13

<sup>7</sup> P. Courbe citant Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, Sirey 2008, p. 13

Force est de constater que l'essor de l'individualisme a conduit à un désengagement du droit dans le domaine familial pour en faire un phénomène de plus en plus privé.

Il semble toutefois qu'un tel désengagement se doive de rester limité, le droit ayant sa place au sein de la famille, et ce pour deux raisons majeures.

Tout d'abord, de par ses multiples fonctions, la famille est un véritable pilier de la société. Dotée d'une fonction sexuelle<sup>1</sup> et démographique<sup>2</sup>, la famille assure également une fonction économique<sup>3</sup>, sociale<sup>4</sup> et politique. Et D. FENOUILLET d'ajouter qu'en tant que premier maillon de la société, c'est un facteur inestimable de cohésion sociale qui permet l'apprentissage de l'autorité et de la solidarité et plus généralement la transmission des valeurs républicaines<sup>5</sup>. Sur le plan individuel, la famille est devenue un droit, protégé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>6</sup>, par le Pacte des droits civils et politiques<sup>7</sup>, ou encore par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>8</sup>...C'est un rempart contre le pouvoir ainsi qu'un moyen pour l'individu de parvenir au bonheur et à l'épanouissement personnel<sup>9</sup>. Ainsi la famille remplit-elle de trop nombreuses fonctions pour que le droit puisse s'en désintéresser.

Par ailleurs, D. FENOUILLET affirme « qu'aucune famille ne peut se construire et prospérer sur les seules considérations de liberté et d'égalité ; c'est le devoir, l'union, la solidarité, le dépassement des égoïsmes individuels...qui, seuls, peuvent dessiner un groupe familial stable et fort ». Aussi cette solidarité créée par le lien familial, et que l'on retrouve au cœur du couple, suffit-elle à justifier l'intervention du droit au sein du couple et plus particulièrement l'intervention du droit pénal.

---

<sup>1</sup> La famille encadre les relations sexuelles en interdisant, imposant ou autorisant telle ou telle union

<sup>2</sup> La famille est facteur de natalité

<sup>3</sup> La famille est la première cellule de consommation

<sup>4</sup> La famille assure la prise en charge patrimoniale et personnelle des faibles

<sup>5</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, Introduction, p. 5

<sup>6</sup> Article 16§3 de la DDHC « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat »

<sup>7</sup> Article 23 du Pacte « le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile »

<sup>8</sup> Article 8 et 12 de la CESDH « toute personne a droit au respect de sa vie...familiale » « à partir de l'âge nubile l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »

<sup>9</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, Introduction, p. 7

En effet, selon J. LEBLOIS-HAPPE, la solidarité lie le destin de chaque membre du couple à celui de l'autre et rend par conséquent plus diffuses les limites de son individualité<sup>1</sup> et la répression ne serait ni juste ni utile si elle restait aveugle à cette considération.

## ***Section 2 – Au cœur du phénomène familial : le couple***

Le terme de couple était absent du code civil de 1804. Ce n'est qu'en 1994 qu'il est consacré, dans les textes régissant la procréation médicalement assistée<sup>2</sup>, le législateur souhaitant viser les couples mariés comme les concubins.

En effet, pendant longtemps, le seul couple envisagé par la loi était le couple marié. Cependant, face au développement quantitatif des couples non mariés<sup>3</sup>, à la montée de l'individualisme, à l'évolution des mœurs (reconnaissance légale et dépénalisation de l'homosexualité)...le législateur n'a eu d'autres choix que de s'adapter afin de coller à la réalité. Ainsi a-t-il donné une définition juridique du concubinage (article 515-8 du code civil) et institué le PACS, par la loi du 15 novembre 1999. Il existe donc désormais trois formes d'union entre deux personnes qui sont appréhendées par le droit : le mariage, le PACS et le concubinage. Les trois se rejoignent sous le vocable de « couple », vocable unique qui masque cependant des disparités profondes.

Le mariage est défini par CARBONNIER comme la « *plus vieille coutume de l'humanité* ». C'est un acte juridique solennel, par lequel un homme et une femme, d'un commun accord, décident de s'unir et d'adhérer à un statut légal préétabli, celui des gens mariés<sup>4</sup>. Et CARBONNIER d'ajouter que c'est « l'acte fondamental qui crée la cellule familiale et assure, dans les meilleures conditions, la perpétuité de l'espèce...Tout le droit de la famille est traditionnellement ordonné autour de lui »<sup>5</sup>.

Cette définition traduit l'incertitude et le débat autour de la nature juridique du mariage, contrat ou institution ? Il semble qu'il y ait aujourd'hui un consensus pour considérer qu'il participe des deux. C'est manifestement un contrat puisque la volonté y tient un rôle

---

<sup>1</sup> J. Leblois-Happe « *L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple* » AJ Famille 2004, p. 17

<sup>2</sup> Article L. 2141-2 du Code de la santé publique qui énonce les conditions requises pour le recours à l'assistance médicale à la procréation.

<sup>3</sup> Marginal au début du XXe siècle, ce phénomène a pris une importance sociologique considérable : parmi les 29.4 millions de personnes qui vivaient en couple en 1994, 4.2 millions vivaient en concubinage

<sup>4</sup> P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey 2008, p. 17

<sup>5</sup> J. Carbonnier « *Terre et ciel dans le droit français du mariage* », Etude Ripert, t.1, p. 325 et s., LGDJ, 1950

essentiel, dans sa formation comme dans sa dissolution<sup>1</sup>, mais c'est également une institution puisque le statut conjugal est déterminé par la société<sup>2</sup> et puisque les droits et obligations qui en sont issus échappent à la volonté privée. Par ailleurs, si aujourd'hui le caractère institutionnel du mariage décline au profit d'un renouveau de l'aspect contractuel, les auteurs s'accordent pour dire que l'importance de l'union matrimoniale dans la société justifie que le droit pose des conditions concernant la formation du lien et lui attache certains effets intangibles<sup>3</sup>.

Le mariage connaît aujourd'hui une double crise. Cette crise est l'illustration des évolutions connues par la famille au cours des XXe et XXIe siècles : privatisation des formes d'union et libéralisation du lien, ces évolutions résultant d'aspirations à plus de liberté et à moins d'Etat. Ainsi assiste-t-on à la fois à une augmentation du nombre de couples non mariés (concubins ou Pacsés) et à une multiplication des divorces. Les dernières statistiques de l'INSEE font ainsi état de 256 000 mariages célébrés en 2009 (baisse de 3.8 % par rapport à 2008). Si avant 2009, le nombre de mariage était stable depuis les vingt dernières années<sup>4</sup>, on note néanmoins une nette baisse depuis 1972, avec aujourd'hui deux fois moins de cérémonies<sup>5</sup>.

Au contraire, 175 000 conventions de PACS ont été passées en 2009, soit une hausse de 20% par rapport à 2008. Instauré par la loi du 15 novembre 1999 et maintes fois modifié depuis (lois du 23 juin 2006, du 23 décembre 2006 et du 5 mars 2007), le PACS est un statut intermédiaire entre le concubinage et le mariage civil, régi par les articles 515-1 et suivants du code civil. Il est défini par la loi comme l'organisation contractuelle d'une vie commune, et oscille donc entre des rapports purement contractuels et des rapports personnels fondés sur une vie de couple<sup>6</sup>. Plus qu'une union de fait et moins qu'une institution, le PACS est à l'origine un contrat destiné à créer une communauté d'intérêts dans le domaine patrimonial. Reste que sa place dans le code civil (Livre I consacré aux personnes) et les diverses réformes qu'il a subies tendent à lui conférer une influence sur les personnes et à le rapprocher du mariage : incompatibilité entre le PACS et le mariage ; interdiction du pluri-partenariat ;

---

<sup>1</sup> Et ce encore plus depuis la loi du 11 juillet 1975 qui admet le divorce par consentement mutuel et accentue par là le caractère contractuel du mariage

<sup>2</sup> Le mariage est une norme sociale

<sup>3</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, p. 30

<sup>4</sup> En 2007, le nombre de célébration est le même qu'en 1987 : 260 000

<sup>5</sup> 416 500 mariages avaient été célébrés contre 256 000 en 2009

<sup>6</sup> F. Alt-Maes « *Le PACS à l'épreuve du droit pénal* » JCP G n°48, 29 novembre 2000, I 275

interdiction du PACS entre parents ; référence à la vie commune ; devoir d'aide mutuelle et devoir d'assistance ; consécration d'une solidarité à l'égard des tiers ; extension au Pacsé survivant de certaines dispositions applicables au conjoint survivant ...

Le débat concernant la judiciarisation du PACS est loin d'être dépourvu de conséquences, puisqu'il détermine le degré d'intervention qui doit être légitimement reconnu au droit.

En revanche en matière de concubinage une telle question ne se pose pas. S'il existe divers degrés de relations hors mariage (aventure passagère, liaison stable mais sans cohabitation, vie maritale...) le concubinage ne recevait pas de définition légale avant 1999. Depuis cette date<sup>1</sup>, il est défini à l'article 515-8 du code civil comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Par la loi de 1999, le législateur a donc imposé une vie commune stable et continue. Il a également écarté la condition relative à la différence de sexe que retenait la jurisprudence, mais il n'a pas conféré au concubinage un statut d'ensemble ni ne l'a doté d'un « régime juridique ». Il n'y a donc pas un ensemble de règles cohérent et complet qui lui soit applicable, au contraire, le concubinage n'est encadré par aucune règle civile spéciale<sup>2</sup>, c'est une façon de vivre en couple « hors le droit »<sup>3</sup>.

De façon générale, la notion de couple a évolué et les règles formant le droit du couple ont dû être revisitées pour s'adapter à cette évolution, comme ce fut le cas avec la création du PACS et la définition du concubinage, le mariage offrant d'un côté la sécurité, le PACS et le concubinage la liberté. Mais au-delà du clivage entre ces trois formes légales de conjugalité, il semble que s'opère aujourd'hui une convergence entre elles dans le sens de ce que beaucoup appellent « un droit commun des couples »<sup>4</sup>.

Ainsi, pour freiner la désaffection des mariages et satisfaire les aspirations de liberté et d'autonomie le législateur a libéralisé le mariage, en même temps qu'il a judiciarisé le PACS

---

<sup>1</sup> Loi du 15 novembre 1999

<sup>2</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz 2008, p. 213

<sup>3</sup> *Ibid*

<sup>4</sup> Le 11 mai 2007, un colloque de juriste organisé à Lille a traité cette question « Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple ? » LPA 20 déc. 2007 (intervenants : F. Terré, X. Labbé, C. Cochez et K. Lesaffre, J.-J. Lemouland, C. Philippe, Cl. Neirinck, P. Labbé, E. Kherkove, D. Boulanger, P-Y Verkindt et J-P Delevoye, Médiateur de la République).

et le concubinage. L'exemple le plus récent de la « judiciarisation » du PACS et du concubinage réside dans la loi du 12 mai 2009<sup>1</sup> qui fait du juge aux affaires familiales le juge de toutes les conjugalités (article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire).

Selon X. LABBÉE, l'instauration de ce droit commun ne doit pas être synonyme de déjudiciarisation du couple, c'est-à-dire de désengagement de la justice ce qui emporterait inévitablement comme risque l'instauration de « la loi de la jungle »<sup>2</sup>. Il est ressorti du colloque tenu en 2007 sur le droit commun du couple<sup>3</sup>, l'existence d'un devoir de cohabitation, de respect et de loyauté communs aux trois formes de couple : « S'il est vrai que les concubins ne veulent pas du mariage, est-il bien sûr qu'ils ne se sentent aucunement tenus l'un envers l'autre ? Peut-on véritablement vivre « en commun » avec quelqu'un « de façon stable et continue » sans être tenu d'un minimum d'obligations envers lui ? »<sup>4</sup>. Aussi les auteurs ayant participé à ce colloque proposent-ils de construire un régime primaire du couple sur les trois notions suivantes : le domicile du couple (déterminer le domicile du couple revêt une grande importance en matière de violences conjugales...), l'aide matérielle et la solidarité des dettes ménagères du couple.

Le droit et particulièrement le droit civil ne doit donc pas, pas plus qu'il ne le peut, se désintéresser du couple, ce dernier étant l'élément fondateur de la famille. Mais qu'en est-il du droit pénal ?

La question de l'appréhension de la notion de couple par le droit pénal se détache des autres en ce sens que, le droit pénal reposant sur le principe de la responsabilité personnelle, il n'envisage la personne physique ou morale que dans sa singularité<sup>5</sup>, indépendamment de sa qualité ou de son état. Or, ni la famille ni le couple ne constitue une personne ni n'est un sujet de droit pénal. Le terme même de couple n'apparaît dans le code pénal qu'à quatre reprises pour sanctionner certaines règles en matière de procréation<sup>6</sup> et il n'apparaît pas dans le code de procédure pénale.

Un tel constat ne doit pas nous conduire à conclure que le droit pénal ignore les unions car cela serait se méprendre. Le droit pénal venant régir les rapports qui se nouent au sein de la

---

<sup>1</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009

<sup>2</sup> X. Labbée « *Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation* » AJ Fam. 2008 p. 112

<sup>3</sup> Colloque précité *supra* (page précédente note 4).

<sup>4</sup> X. Labbée « *Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation* » AJ Fam. 2008 p. 112

<sup>5</sup> Article 121-1 du code pénal « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »

<sup>6</sup> Articles 227-12 al.2 ; 511-10 ; 511-13 et 511-23 du code pénal

société, il ne peut faire l'économie de l'appréhension du phénomène familial et plus particulièrement du couple qui est, comme nous l'avons exposé, un des fondements de cette société.

Ainsi le droit pénal ne fait pas une totale abstraction des liens qui se nouent entre les membres du couple, et ce principalement parce que de tels liens postulent une solidarité entre les membres du couple que le droit pénal ne peut ignorer. Selon J. LEBLOIS-HAPPE, c'est parce qu'une telle solidarité est inhérente au couple que le droit pénal l'appréhende. Il nous semble néanmoins qu'une telle affirmation, bien que tout à fait pertinente, soit trop réductrice. Le droit pénal a en effet un objet plus large que la solidarité, ayant parfois pour valeur sociale protégée le respect d'institutions ou des valeurs fondamentales de la société autres, détachées de la solidarité.

Nous touchons ici à toute la difficulté de l'étude entreprise, car la prise en compte du « couple » par le droit pénal n'est pas sans poser des difficultés théoriques et pratiques.

En effet, au crépuscule de cette introduction plusieurs interrogations voient le jour : Face à la diversité qui se cache derrière le vocable unique de « couple », le droit pénal appréhende-t-il ce couple de façon uniforme ? La contractualisation de la famille et plus spécifiquement du couple engendre-t-elle des conséquences sur la manière dont le droit pénal l'appréhende ? Ce dernier a-t-il toujours sa place au sein de la famille ? Par ailleurs, le couple étant une notion civile régie principalement par le droit civil, quels rapports entretiennent ces deux branches du droit en la matière ? Le droit pénal vient-il au soutien, à l'encontre, en doublon, des dispositions civiles ou alors droit pénal et droit civil n'entretiennent-ils aucun lien ?

En filigrane de ces interrogations s'en dessine une plus générale : **Comment le droit pénal appréhende-t-il cette notion civile et protéiforme qu'est le couple ?**

Afin d'apporter une réponse éclairée et construite à cette question, nous ne traiterons cette dernière que sous l'angle du droit pénal spécial, excluant sans pour autant la négliger, l'appréhension du couple par la procédure pénale.

Nous pouvons trouver dans la définition d'A. DECOURCELLE : « *Le couple c'est la réunion de deux personnes qui font rarement la paire* » les clés de l'appréhension qui est faite du couple

par le droit pénal. En effet le droit pénal tient-il compte de ce qu'un couple est composé de deux personnes distinctes entretenant entre elles des relations particulières (PARTIE 1), mais il perçoit également le couple en ce qu'il est une réunion, une entité unique, un acteur à part entière dans la société (PARTIE 2).

## Partie 1 – Les infractions au sein du couple et le droit pénal

Le couple en tant que socle de la famille présente une trop grande importance pour que le droit pénal ne tire aucune conséquence de son existence. Cela semble relever du bon sens qu'une infraction commise par un membre du couple envers l'autre revêt un caractère particulièrement choquant. Le droit pénal prend donc en compte le lien particulier unissant les membres d'un couple, mais pas toujours dans le sens que l'on pourrait penser. Ainsi tantôt l'existence du couple va-t-elle constituer une circonstance aggravante de l'infraction commise (**Chapitre 1**), tantôt le fait que l'infraction se réalise entre membres d'un couple n'aura pas d'incidence sur la constitution de l'infraction ou va au contraire entraver les poursuites pénales (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 – Le couple : circonstance aggravante d’infractions de droit commun**

Le couple, comme la famille, est censé constituer un rempart, un refuge où chacun est assuré de trouver l’intimité, la solidarité, le particularisme, mais aussi le respect, le réconfort... autant de qualificatifs pour exprimer les fonctions de soutien et de renfort exercées par le couple envers l’un et l’autre de ses membres. La réalité à l’épreuve des faits est pourtant moins idyllique, le couple se révélant parfois être un endroit plus dangereux que protecteur.

En effet, de nombreuses infractions sont commises au sein du couple par l’un des membres à l’encontre de l’autre. Ces infractions doivent être mesurées en ce qu’elles représentent en termes de quantité mais également en termes de diversité et de gravité. Il n’est pas rare que des infractions touchant à l’intégrité physique se réalisent au sein du couple et, loin de se limiter au phénomène des « femmes battues », ces infractions dépassent les frontières des violences physiques pour se matérialiser également par des agressions sexuelles ou des violences psychologiques.

Face au développement du phénomène et face à son ampleur, le droit pénal a au fil du temps développé un arsenal visant à lutter contre de telles infractions qui méritent, aux yeux de la société, une répression aggravée de par la relation particulière unissant l’auteur et la victime.

Ainsi les violences (**Section 1**), comme les agressions sexuelles (**Section 2**), font désormais l’objet d’une répression aggravée lorsqu’elles sont réalisées par l’un des membres du couple sur l’autre.

### **Section 1 – L’appréhension des violences au sein du couple**

Le phénomène des violences au sein du couple est un phénomène que chacun croit connaître mais dont il convient de préciser l’ampleur.

D’après l’enquête « cadre de vie et sécurité » réalisée conjointement par l’INSEE et l’OND<sup>1</sup> en 2007, 410.000 femmes, soit 2,3 % de l’ensemble des femmes âgées de 18 à 60 ans, ont

---

<sup>1</sup> Observatoire national de la délinquance

été victimes de violences physiques de la part d'un conjoint ou d'un ex-conjoint en 2005-2006. D'après l'étude réalisée par la Délégation aux victimes du ministère de l'Intérieur, 157 femmes sont décédées en 2008 (soit un décès tous les 2,3 jours), victimes d'un homicide volontaire ou de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner commis par leur conjoint. De plus, selon l'Enveff<sup>1</sup>, les femmes battues font en moyenne onze fois plus de tentatives de suicide que les autres, et 10 % des enfants qui assistent à ces scènes sont, eux aussi, frappés. Une enquête du Centre de recherches économiques, sociologiques et de gestion, menée en 2006, estime en outre le coût annuel de ces violences à 1 milliard d'euros si l'on prend en compte les soins aux victimes, le coût des structures d'hébergement, les procédures judiciaires et les pertes de revenus. Enfin, il convient de rappeler que les violences conjugales ne concernent pas uniquement les femmes. D'après les estimations de l'OND, 130.000 hommes âgés de 18 à 60 ans, soit 0,7 % d'entre eux, auraient subi des violences infligées par une conjointe ou une ex-conjointe en 2005-2006. Le taux de plainte des hommes victimes de violences conjugales serait inférieur de moitié à celui des femmes victimes des mêmes violences, l'enquête précitée l'évaluant à moins de 5%.

Face à un tel phénomène, le législateur a développé un arsenal pénal très étendu afin de résorber au mieux ces chiffres accablants (I), cet arsenal étant à la fois évolutif et en étroite relation (de cohérence et de complémentarité) avec le dispositif civil visant le même but (II).

## **I - Une protection étendue en raison de la valeur sociale protégée : l'intégrité physique**

La protection accordée à l'un des membres du couple concernant les violences qu'il subit de l'autre peut aujourd'hui être qualifiée « d'étendue », en ce qu'elle ne distingue pas entre les différentes formes de couple, s'applique même si la relation de couple a cessé et fait l'objet de mesures de plus en plus diverses et complètes à la fois sur le plan répressif et préventif.

Cependant, la mise en place d'une telle protection s'est faite progressivement et continue de se construire aujourd'hui, deux propositions de loi ayant trait aux violences faites aux femmes ayant été déposées devant l'Assemblée Nationale et le Sénat (B). Mais avant de s'intéresser à ces deux propositions, il convient d'évoquer les avancées en termes de

---

<sup>1</sup> Enquête nationale sur les violences envers les femmes en France

protection permises par la loi du 4 avril 2006, qui reste la loi la plus importante en matière de lutte contre les violences conjugales (A).

### ***A- Les acquis de la loi du 4 avril 2006***

Il serait inexact de dire qu'avant la loi du 4 avril 2006, il n'était fait aucune appréhension de la qualité particulière de conjoint, concubin ou partenaire d'un PACS dans le cadre des violences au sein d'un couple. Cependant, cette appréhension était loin d'être uniforme et complète (1), et ce sont ces lacunes que le législateur est venu combler en 2006 (2).

#### **1) La répression antérieure à 2006**

C'est avec la réforme du code pénal, issue des lois du 22 juillet 1992 que pour la première fois, les qualités de conjoint ou de concubin sont apparues comme des circonstances aggravantes.

En 1994, la qualité de conjoint ou de concubin (il n'est encore point de référence faite au PACS), ne figure cependant pas parmi les dispositions générales du code pénal définissant les circonstances aggravantes<sup>1</sup> et n'aggrave la peine encourue que pour certaines incriminations (torture et acte de barbarie ; violences volontaires ; administration de substances nuisibles...).

Ces infractions sont alors punies plus sévèrement lorsqu'elles se déroulent dans l'intimité de la vie privée et familiale. Les auteurs d'actes de torture et de barbarie ou de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner contre leur conjoint ou leur concubin encourrent ainsi vingt ans de réclusion criminelle et non plus quinze ans (article 222-3 6° et article 222-8 6° du code pénal). De telles aggravations sont également prévues pour les autres formes de violences volontaires (ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ou une ITT<sup>2</sup> pendant plus de huit jours)<sup>3</sup> ou encore pour l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 3 du chapitre 2 du titre 3 du livre Ier du code pénal

<sup>2</sup> Incapacité totale de travail

<sup>3</sup> Article 222-10 6° et article 222-12 6° du code pénal

<sup>4</sup> A noter qu'en 1994, aucune aggravation n'est prévue pour l'atteinte volontaire à la vie.

Le législateur est même allé plus loin concernant les violences ayant entraîné une ITT inférieure ou égale à huit jours et celles n'ayant entraîné aucune ITT<sup>1</sup>. Ces infractions qui constituent en principe des contraventions de 5<sup>ème</sup> et de 4<sup>ème</sup> classe se transforment en délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises par le conjoint ou le concubin de la victime<sup>2</sup>.

Avant la loi de 2006, il n'était donc question que du conjoint ou du concubin et il n'était fait aucune référence aux qualités d'ex-conjoint ou ex-concubin. Si les conjoints ou concubins étaient séparés au moment des faits, la circonstance aggravante ne pouvait plus trouver à s'appliquer. Tel était le cas dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 1<sup>er</sup> février 2006<sup>3</sup>. En l'espèce, une femme avait porté plainte contre son concubin (avec qui elle était séparée depuis un mois au moment des faits reprochés) pour violences ayant entraîné une ITT inférieure à huit jours mais aggravées comme violences commises par conjoint ou concubin. La cour d'appel estimant que cette circonstance aggravante était remplie en l'espèce condamne le prévenu pour délit. La Cour de cassation censure alors la cour d'appel pour contradiction de motif, celle-ci ne pouvant retenir la circonstance aggravante de violence commise « par le concubin de la victime », tout en constatant que le prévenu avait quitté le domicile commun depuis plus d'un mois au moment des faits.

Force est de constater que les violences conjugales n'étaient pas totalement ignorées du droit pénal avant 2006. Cependant, devant l'ampleur du phénomène, le législateur est intervenu avec une loi qui a fortement accru la lutte contre ce type de violences tant sur le plan répressif que préventif.

## **2) Les avancées de la loi du 4 avril 2006**

La loi du 4 avril 2006<sup>4</sup> s'inscrit dans le cadre du « plan global de lutte contre les violences faites aux femmes » lancé par le gouvernement le 24 novembre 2004 et regroupant des

---

<sup>1</sup> Article R. 625-1 et R. 624-1 du code pénal

<sup>2</sup> Article 222-13 6°. Il existe 13 autres circonstances aggravantes citées à l'art 222-13 et emportant le même effet.

<sup>3</sup> Cass. Crim., 1<sup>er</sup> février 2006, n° 05-84.965 (pourvoi c/ CA Douai, 4<sup>e</sup> ch., 28 juin 2005)

<sup>4</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

mesures ayant pour objet d'améliorer l'accompagnement des victimes. Cette loi met en place un dispositif très diversifié, marqué par une double optique de prévention et de répression<sup>1</sup>.

Concernant la répression des violences commises au sein du couple, plusieurs évolutions de taille sont à distinguer.

Tout d'abord et de façon très symbolique, le législateur a érigé le « respect mutuel » en devoir conjugal légal (article 212 du code civil) et en a fait le premier des devoirs résultant du mariage. Si pour certains auteurs cette insertion doit être saluée en ce qu'elle constitue un symbole fort<sup>2</sup>, pour d'autres elle est regrettable<sup>3</sup>. En effet, selon D. FENOUILLET, l'interdiction de la violence physique ou morale s'impose à tous et n'est en rien subordonnée à l'existence d'un mariage. Cette insertion conduit selon lui à relayer au second rang les autres devoirs du mariage<sup>4</sup> alors même que « leur spécificité institutionnelle est bien réelle ». Ce rajout (issu d'une proposition de M. Robert BADINTER) a néanmoins pour objectif de « moderniser l'article 212 en introduisant dans les textes la notion de respect, base d'une vie de couple harmonieuse et préalable indispensable à la prévention des violences conjugales »<sup>5</sup>. La notion de respect contenue dans l'article 212 du code civil permet en effet de mettre l'accent sur la nécessaire reconnaissance de l'autre et témoigne d'une appréhension plus individualiste des relations entre époux.

De façon plus pragmatique, le législateur a stigmatisé le lien particulier qui unit les membres du couple en insérant dans la partie générale du code pénal un nouvel article 132-80 faisant état de cette circonstance aggravante et libellé comme suit : « *Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte de*

---

<sup>1</sup> Nous traitons ultérieurement du volet préventif relatif à l'éviction du domicile du conjoint violent tant en matière pénale qu'en matière civile, à la lutte contre le mariage forcé et aux immunités familiales.

<sup>2</sup> On peut citer Anne-Marie Leroyer « *Loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* » RTD Civ. 2006 p.402

<sup>3</sup> D. Fenouillet « *Droit de la famille* » Dalloz 2008 page 93

<sup>4</sup> Notamment le devoir de fidélité

<sup>5</sup> Rapport n° 160 (2005-2006) de M. Richemont fait au nom de la commission des lois le 18 janvier 2006

*solidarité civile* »<sup>1</sup>. Pour M. Yves MAYAUD, la « circonstance de conjugalité » a ainsi été « érigée en principe solennel »<sup>2</sup>.

Par ailleurs, avec la loi de 2006, le législateur est également intervenu en droit pénal spécial. Ainsi la circonstance aggravante déjà prévue dans les différents cas de violence entre époux et entre concubins, est expressément étendue aux partenaires liés à la victime par un pacte de solidarité civil<sup>3</sup>. Cette référence au PACS<sup>4</sup>, dont on consacre dès lors la reconnaissance dans l'ordre juridique pénal<sup>5</sup>, conduit à une égalité parfaite entre les différentes formes de couple (mariage, concubinage et PACS) concernant le traitement juridique des violences exercées par l'un des membres sur l'autre<sup>6</sup>.

La loi de 2006 a également comblé une lacune de la répression en élargissant le champ d'application de la circonstance aggravante à l'homicide volontaire (article 221-4 9° du code pénal)<sup>7</sup>. Le code pénal de 1994 ne prévoyait en effet aucune circonstance aggravante relative au meurtre alors même que plus de cent femmes meurent chaque année en France des suites de violences perpétrées par leur conjoint ou concubin. Désormais, l'auteur d'un meurtre encourt la réclusion criminelle à perpétuité et non plus trente ans de réclusion criminelle, s'il est le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un PACS.

Enfin, la loi de 2006 dans l'article 132-80 alinéa 2 du code pénal, fait expressément référence à l'application de la circonstance aggravante prévue à l'alinéa premier de cet article<sup>8</sup>, aux anciens conjoints, concubins ou partenaires liés à la victime par un pacte de solidarité : « *La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par*

---

<sup>1</sup> Article 7 de la loi du 4 avril 2006

<sup>2</sup> Cité par Caroline Duparc dans AJ pénal 2009 p. 313

<sup>3</sup> Ajout du PACS aux articles : 221-1 ; 222-3 6° ; 222-8 6° ; 222- 10 6° ; 222-12 6° et 222-13 du code pénal (article 8 de la loi du 4 avril 2006)

<sup>4</sup> Aussi bien dans les articles de droit pénal spécial cités ci-dessus que dans l'article 132-80 du code pénal

<sup>5</sup> F. Alt-Maes, « *Le PACS à l'épreuve du droit pénal* », JCP 2000, I, 275.

<sup>6</sup> Concernant la référence au PACS, la nécessité de respecter le principe de légalité et l'interprétation stricte de la loi pénale l'ont emporté sur les arguments selon lesquels cette référence était inutile en ce que le PACS étant un contrat entre des personnes de sexe différent ou de même sexe pour organiser leur vie commune, on pouvait en déduire que les personnes pacisées sont des concubins au sens de la loi (art 515-8 du code civil).

<sup>7</sup> Article 10 de la loi du 4 avril 2006

<sup>8</sup> Article 132-80 alinéa 1 : « *Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte de solidarité* ».

*un pacte de solidarité* ». Cette extension est néanmoins assortie d'une limite : « *Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime* ».

Cette référence aux « ex » semble condamner les jurisprudences, telle que celle du 1<sup>er</sup> février 2006<sup>1</sup>, qui refusaient d'appliquer la circonstance aggravante à ces derniers. Ainsi dans un arrêt du 7 avril 2009<sup>2</sup>, la Cour de cassation semble-t-elle opérer le revirement imposé par le nouveau texte. En l'espèce, le prévenu était poursuivi pour des violences commises en état de récidive aggravées par l'usage d'une arme (art 222-13 10° du C. pén.) et commises par le concubin de la victime (art 222-13 6° du C. pén.). La cour d'appel avait écarté la seconde circonstance aggravante relevant que la séparation du couple remontant au 18 septembre 2007, celle-ci était consommée au moment des faits (le 4 août 2008). La Cour de cassation censure la décision pour contradiction de motif<sup>3</sup> et reproche à la cour d'appel son refus de considérer que les violences avaient un lien avec l'ancienne relation de couple des intéressés.

S'il est certain qu'avec l'introduction de l'article 132-80 dans le code pénal, la voie est ouverte à l'application de la circonstance aggravante pour les faits commis par les anciens conjoints, concubins ou titulaires d'un PACS, l'application de cet article n'est pas sans poser de problèmes.

Tout d'abord l'aggravation ne s'applique aux « ex » qu'autant que « *l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime* ». Pour retenir la circonstance aggravante, il faut donc établir la preuve de ce lien de causalité, c'est-à-dire s'attacher au mobile qui a inspiré l'auteur des faits poursuivis<sup>4</sup>. Or, cette preuve n'est pas toujours aisée à établir et l'application de cette disposition peut conduire à des solutions qui paraissent contradictoires ou tout du moins incertaines. Ainsi dans l'arrêt du 7 avril 2009, la Cour de cassation conclut à l'existence d'un lien avec l'ancienne relation de couple alors même que le couple est séparé depuis plus d'un an. En revanche, dans un autre arrêt rendu par la cour d'appel de Toulouse le 8 septembre 2008<sup>5</sup>, vingt-quatre années de vie maritale

---

<sup>1</sup> Cass. Crim., 1<sup>er</sup> février 2006, n° 05-84.965 (pourvoi c/ CA Douai, 4<sup>e</sup> ch., 28 juin 2005)

<sup>2</sup> Cass. Crim., 7 avril 2009, n°08-87.480 (pourvoi c/ CA Caen 8 octobre 2008)

<sup>3</sup> Cassation au visa des articles 132-80 et 222-13 du code pénal

<sup>4</sup> On peut noter ici la contradiction entre cette référence aux mobiles et le principe général en droit pénal de l'indifférence aux mobiles

<sup>5</sup> CA Toulouse, 3<sup>e</sup> chambre, 8 septembre 2008 n° 2008-370729

n'ont pas suffi à établir un lien indestructible entre les concubins conduisant à l'application de la circonstance aggravante.

Mais au-delà de l'appréciation du lien entre les faits poursuivis et l'ancienne relation ayant existé entre le coupable et la victime, c'est l'application même de la circonstance aggravante aux anciens conjoints, concubins ou partenaires d'un PACS qui est remise en cause par une partie de la doctrine (Michel VERON<sup>1</sup>, Jacques-Henri ROBERT, Albert MARON<sup>2</sup>, Marie France VIEVILLE-MIRAVETE...) en raison de la rédaction des textes et du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

En effet, il est prévu à l'article 132-80 du code pénal que ses dispositions ne valent que « *dans les cas prévus par la loi* » (elles n'ont pas de portée générale). L'article 132-80 est donc l'affirmation d'un principe général d'aggravation mais qui nécessite pour son application que lui fassent écho des textes d'aggravation spéciale. Or, les différentes dispositions de droit pénal spécial ne mentionnent la circonstance aggravante que pour les cas de violences commises par le conjoint, concubin ou partenaire d'un PACS et ne font aucune référence à la qualité « d'ex ». Pour ces auteurs, cette absence d'incrimination spéciale relève certes d'un oubli du législateur, mais le principe d'interprétation stricte de la loi pénale interdit de déduire de l'article 132-80 alinéa 2 une aggravation générale qui permettrait de sanctionner un « ex » quelle que soit l'infraction commise. Marie-France VIEVILLE-MIRAVETE invite ainsi à bien distinguer « le motif de l'aggravation et son domaine d'application » et considère que « dans l'attente d'un texte spécifique qui délimiterait avec précision les contours et le domaine de l'aggravation des violences commises par un « ex », il est préférable de se maintenir dans une application stricte des dispositions existantes »<sup>3</sup>.

Malgré ces quelques difficultés, la loi du 4 avril 2006 a constitué une véritable avancée dans la lutte contre les violences conjugales et la protection des victimes. Sur le plan répressif cette loi a également marqué une avancée concernant l'incrimination de viol entre époux<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Michel Véron « *Violences commises par l'ancien concubin de la victime* » Droit pénal n°7, Juillet 2009, comm. 93

<sup>2</sup> La semaine juridique édition générale n°6, 8 février 2010, 164 chronique par Albert Maron, Michel Véron et Jacques-Henri Robert.

<sup>3</sup> Marie-France Vieville-Miravete « *La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violence au sein du couple* », Droit pénal n°2 Février 2009, étude n°4

<sup>4</sup> Cf Partie 1, Chapitre 1, Section 2

Enfin, elle est à l'origine du développement d'une réponse préventive au phénomène de violences au sein des couples<sup>1</sup>.

Il est enfin prévu par la loi de 2006 une obligation pour le Gouvernement de déposer tous les deux ans sur le bureau des assemblées un rapport sur la politique nationale de lutte contre les violences au sein des couples, portant notamment sur les conditions d'accueil et d'hébergement des victimes, leur réinsertion sociale, sur les soins donnés aux victimes et sur la prise en charge sanitaire, sociale et psychologique des auteurs des faits.

### ***B- Les propositions de loi de 2009***

Après avoir constitué l'un des axes essentiels du plan global de lutte contre les violences faites aux femmes lancé en 2005, la lutte contre les violences conjugales a fait l'objet d'un second plan triennal lancé en 2008. Ainsi, le 2 décembre 2008 a été mise en place une mission d'évaluation des politiques de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes. On peut noter également qu'à la veille de la journée internationale contre ces violences, qui a lieu tous les 25 novembre, à l'initiative des Nations Unies, François FILLON, le Premier ministre, a annoncé que la lutte contre de telles violences deviendrait la "*grande cause nationale*" 2010.

En juillet 2009, la mission d'évaluation a conclu ses travaux et rendu un rapport d'information qui a formulé 65 propositions dont une partie ont été traduites dans la proposition de loi de 2009 renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes.

En effet, la protection accordée par le droit pénal à l'un des membres du couple contre les violences qui lui seraient infligées par sa moitié, semble être en voie de se renforcer avec deux nouvelles propositions de lois formulées en 2009.

Une première proposition de loi, relative aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, a tout d'abord été présentée au Sénat par Roland COURTEAU<sup>2</sup> le 25 novembre 2009. Renvoyée en commission le 10 février 2010, elle

---

<sup>1</sup> Cf Partie 1, Chapitre 1, Section 1, II et Chapitre 2, Section 1, II

<sup>2</sup> Sénateur

sera examinée en même temps que celle des députés, avec l'objectif de parvenir à un seul texte.

Une seconde proposition a en effet été faite par les députés Danielle BOUSQUET et Guy GOEFFROY à l'Assemblée nationale. Elle fut enregistrée par le Président de celle-ci le 27 novembre 2009 et a fait l'objet le 25 février 2010 d'une adoption par l'Assemblée nationale en première lecture.

Ces propositions s'inscrivent dans le projet consistant à élaborer un dispositif global et coordonné comprenant des dispositions de niveaux normatifs différents, depuis celles à valeur constitutionnelle (par la création d'une charte de la dignité humaine), jusqu'à la promotion de bonnes pratiques. Il s'agit de marquer clairement la condamnation solennelle des violences faites aux femmes en tant qu'atteinte à la dignité de la personne humaine<sup>1</sup>.

La mesure phare afin d'améliorer la protection des victimes est la création d'une « ordonnance de protection des victimes »<sup>2</sup> (délivrée par le JAF), permettant au juge de statuer dans les vingt-quatre heures en cas d'urgence (elle concerne les couples mariés, mais également les partenaires d'un PACS et les concubins). Les mesures prises dans le cadre de cette ordonnance de protection auraient une durée maximale de quatre mois avec possibilité de prolongation en cas de dépôt par la victime d'une requête en divorce ou en séparation de corps. Cette ordonnance intervenant en amont du dépôt de plainte, elle permettrait de protéger en urgence les femmes en danger, notamment celles menacées de mariage forcé ou de mutilations sexuelles.

A des fins de protection, la loi propose également d'assouplir les conditions de renouvellement du titre de séjour pour les personnes entrées en France au titre du regroupement familial et qui ont cessé toute cohabitation pour cause de violences subies au sein de leur couple. Il en est de même pour les conditions de délivrance d'une carte de séjour aux personnes ayant subi des violences conjugales et qui seraient en situation irrégulière<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Extrait de la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes enregistrée à l'AN le 27 novembre 2009.

<sup>2</sup> Article 1 de la proposition de loi faite à l'AN le 27 novembre 2009

<sup>3</sup> Articles 5 et 6 de la proposition de loi faite à l'AN le 27 novembre 2009, qui proposent une modification du CESEDA

A des fins de prévention, sont proposées la mise en place d'une formation systématique des professionnels susceptibles d'avoir à traiter de situations de violences au sein du couple, sur le modèle de celle prévue dans le domaine de la protection de l'enfance<sup>1</sup>, ainsi que la création d'un Observatoire national des violences faites aux femmes afin de centraliser la réalisation et la diffusion d'études ayant trait à ces violences<sup>2</sup>.

Sur le plan répressif, l'article 17 de la proposition de loi introduit la notion de violence psychologique<sup>3</sup>. Sur le modèle du harcèlement moral (qui ne concerne que les relations professionnelles), ce délit de violence psychologique vise selon les députés à l'origine de la loi « à mieux prendre en compte ces situations au sein du couple, qui ne se traduisent pas forcément par des violences physiques, mais peuvent avoir des conséquences graves pour les personnes qui en sont victimes ».

Enfin le 25 février 2010, le gouvernement a annoncé, sous forme d'un amendement gouvernemental à la proposition de loi, la mise en place de bracelets électroniques. Ce type de bracelet (déjà utilisé en Espagne depuis 2009) est relié à un GPS et donne l'alerte quand l'auteur des violences conjugales entre dans un périmètre qui lui est interdit. Il permet de surveiller ses déplacements vingt-quatre heures sur vingt-quatre.

Il semble que ce dispositif pourra être mis en place dans plusieurs cas : avant le jugement, dans le cadre d'une assignation à résidence avec surveillance électronique, après le jugement dès lors que la peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement, et enfin, en cas de menaces perpétrées au sein du couple et pas uniquement en cas de violences avérées<sup>4</sup>.

Les violences sont donc largement et de façon croissante prises en compte par le droit pénal. Il est intéressant à ce stade de notre développement de dresser un parallèle avec la façon dont ces dernières sont prises en compte par le droit civil. Le droit pénal et le droit civil venant à se relayer et se compléter l'un l'autre en matière de violences conjugales.

---

<sup>1</sup> Article 11 de la proposition de loi faite à l'AN le 27 novembre 2009

<sup>2</sup> Article 15 de la proposition de loi faite à l'AN le 27 novembre 2009

<sup>3</sup> Après l'article 222-13 du code pénal, il est inséré un article 222-13-1 ainsi rédigé « Le fait de soumettre son conjoint, partenaire lié par un pacte de solidarité ou concubin à des agissements ou des paroles répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie de la victime susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité ou d'entraîner une altération de sa santé physique ou mentale est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

<sup>4</sup> Déclaration de Madame la ministre Michèle Alliot Marie reprise dans le nouvelobs.com le 26 février 2010.

## **II - Une protection évolutive en lien avec le droit civil**

Afin d'aboutir à une protection la plus cohérente et la plus étendue possible, le législateur ne s'est pas contenté d'établir un dispositif pénal. Au contraire, ce dispositif pénal est venu se greffer sur les dispositifs civils existants et visant à lutter contre les violences conjugales. On peut alors parler, dans ce domaine, d'une réelle complémentarité entre le droit pénal et le droit civil, le droit pénal venant compléter des dispositions civiles insuffisantes concernant les mesures relatives à l'éviction du domicile du conjoint violent (A), et le droit civil venant en renfort du droit pénal dans la lutte contre les mariages forcés (B).

### ***A- Un dispositif civil lacunaire : l'éviction du domicile***

C'est dans le huis clos du domicile conjugal et dans le secret des alcôves que se manifestent généralement les comportements violents au sein des couples. Fort d'un tel constat, l'organisation d'un régime permettant l'éviction du domicile du conjoint violent est rapidement apparue comme une nécessité criante sur le plan civil comme sur le plan pénal. Une étude comparée permet de mettre en lumière comment ces deux branches du droit sont amenées à se compléter pour la protection de l'un des membres du couple (1) et comment l'évolution de cette protection tend vers l'élaboration d'un « droit commun des couples<sup>1</sup> » (2).

#### **1) Le droit pénal en renforcement du droit civil**

En matière civile, c'est la loi du 26 mai 2004<sup>2</sup> relative au divorce qui a amélioré la protection du conjoint victime de violences conjugales par la mise en place d'un dispositif permettant au juge des affaires familiales de traiter la situation d'urgence, avant même le dépôt d'une requête en divorce.

Cette loi a en effet introduit l'alinéa 3 de l'article 220-1 du code civil, qui prévoit que lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, ou un ou plusieurs de ses enfants : « *le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel*

---

<sup>1</sup> Xavier Labbé, « *Le ministre et les violences dans le couple* » Recueil Dalloz 2009 p. 2814

<sup>2</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

*des deux pourra continuer à résider dans le logement conjugal* ». Sauf circonstances particulières, la jouissance du logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences (le conjoint en détresse peut cependant être autorisé à quitter lui-même le domicile<sup>1</sup>) et le juge aux affaires familiales se prononce s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur les contributions aux charges du mariage.

Toutefois, ces mesures d'éloignement deviennent caduques si, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, « aucune requête en divorce ou séparation de corps n'a été déposée »<sup>2</sup>. Cette procédure d'éviction du domicile du conjoint violent est qualifiée par les praticiens de « référé violences »<sup>3</sup>.

Bien que louable pour la protection qu'il apporte à l'époux ou l'épouse victime de violences conjugales, ce dispositif présente en revanche la faiblesse de ne concerner que les couples mariés. A ce propos Isabelle CORPART<sup>4</sup> dénonce un « manque d'empressement des juges à venir au secours des femmes battues quand elles n'ont pas eu l'idée de convoler en juste noces ».

En effet, le droit civil n'offre aucun rempart en cas de violences physiques ou d'harcèlements psychologiques perpétrés à l'occasion d'une communauté de vie sans mariage.

L'article 220-1 du code civil est explicite sur ce point. Tout d'abord, il traite des époux, des conjoints, de la contribution aux charges du mariage et du logement conjugal, ensuite il est inséré dans le chapitre relatif aux « devoirs et droits respectifs des époux ».

Ainsi dans une décision du 21 février 2006<sup>5</sup>, le TGI de Lille a-t-il refusé de raisonner par analogie et d'appliquer l'article 220-1 du code civil à une concubine victime de violences.

Pour X. LABBEE et I. CORPART, cette différence entre les époux, concubins et partenaires n'est que la résultante d'un oubli du législateur, la lutte contre les violences conjugales étant aujourd'hui menée à grande échelle, de façon identique pour les femmes et les hommes et pour toutes les formes de couple, comme en témoigne le dispositif pénal visant à sanctionner ces violences.

---

<sup>1</sup> Article 257 du code civil

<sup>2</sup> Article 220-1 alinéa 3 du code civil

<sup>3</sup> M. Laloubère « *Les mesures urgentes* » AJ famille 2005, p.8

<sup>4</sup> Extrait de « *Inapplicabilité de l'article 220-1 du Code civil : les lacunes du dispositif de protection civile des concubins subissant des violences « conjugales* » Droit de la famille n°7, Juillet 2006, comm. 141

<sup>5</sup> TGI Lille, 3<sup>e</sup> ch., 21 février 2006 (D. 2006, 1350, note X. Labbée)

En droit pénal, c'est la loi du 12 décembre 2005, concernant le traitement de la récidive des infractions pénales<sup>1</sup>, qui a consacré cette possibilité d'éviction du domicile du conjoint ou concubin auteur des violences<sup>2</sup>.

Depuis 2005, il peut donc être demandé à l'auteur des violences de résider hors du domicile du couple, et le cas échéant, de s'abstenir d'y paraître ou de paraître aux abords immédiats de celui-ci. Ces mesures sont accompagnées de mesures curatives puisque si nécessaire, l'auteur des violences peut également faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique.

La loi de 2005 restreignait cependant ces mesures aux seuls conjoints et concubins, lacune qu'est venue combler la loi du 4 avril 2006<sup>3</sup>. Ainsi la loi de 2006 a ouvert le champ d'application de ces dispositions au domaine du PACS, instaurant une égalité parfaite entre les différentes formes de couple. Mais elle est allée encore plus loin puisqu'elle vise également l'ancien conjoint, concubin de la victime ou personne ayant été liée à elle par un PACS<sup>4</sup>.

Sur le plan de la procédure, la loi de 2006 prévoit l'application de ce dispositif dans les hypothèses classiques de contrôle judiciaire et de sursis avec mise à l'épreuve (articles 138 17° et 132-45 19° du code de procédure pénale), mais également dans le cadre de la médiation pénale (article 41-1 du CPP) et de la composition pénale (article 41-2 du CPP)<sup>5</sup>.

Depuis 2006, le dispositif pénal, contrairement au dispositif civil, vient donc sanctionner les violences sans tenir compte de la situation matrimoniale des victimes.

## **2) Les lacunes et les évolutions vers un droit commun des couples**

Le juge refuse donc d'appliquer le dispositif prévu à l'article 220-1 du code civil aux concubins, considérant que « *ces dispositions relatives à l'éviction du conjoint violent, sont*

---

<sup>1</sup> Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, art 35

<sup>2</sup> Des dispositions classiques telles que le contrôle judiciaire ou le sursis avec mise à l'épreuve étaient déjà utilisées dans ce but avant la loi de 2005

<sup>3</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

<sup>4</sup> Article 12 de la loi de 2006 prévoyant la modification des articles 41-1 6°, 41-2 14°, 138 17° du CPP et 132-45 19° du CP

<sup>5</sup> La circulaire d'application du 19 avril 2006 (Circ. CRIM 06-01/E8) vise également toutes les mesures d'aménagement de peine (semi liberté, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique...).

*exclusivement applicables aux époux* »<sup>1</sup>. Cette solution s'explique par la lettre même du texte qui ne vise que les époux, et adopter une solution contraire serait en totale contradiction avec le refus de la jurisprudence d'étendre le régime primaire impératif (droits et devoirs respectifs des époux qui imposent à tous les époux des règles de vie commune) aux concubins<sup>2</sup>.

Même s'il est ainsi justifié que le juge ne se substitue pas au législateur, il est regrettable que les victimes de violences conjugales soient contraintes d'entamer des poursuites pénales à une heure où les mesures protectrices en matière de violences conjugales devraient être harmonisées entre les différentes formes de couples.

Il semble cependant que nos propos méritent d'être nuancés, la proposition de loi déposée par les députés à l'Assemblée nationale le 27 novembre 2009<sup>3</sup> prévoyant dans son article 9, l'extension de la procédure prévue à l'article 220-1 du code civil aux personnes liées par un pacte de solidarité civil et aux concubins quand ils sont copropriétaires ou co-titulaires du bail du logement commun.

Cette proposition est soutenue par la ministre de la justice qui a fait part de sa volonté d'étendre le « référé violences conjugales » à toutes les formes de conjugalité<sup>4</sup>.

Selon Xavier LABBEE, cette proposition témoigne qu'un « droit commun des couples » est en cours d'édification. Il évoque également une « espèce d'ordre public conjugal composé de règles primitives (tu ne frapperas pas), qui formerait en quelque sorte le régime primaire de ce "droit commun du couple" et qui serait en cours d'édification ».

Afin d'appuyer cette théorie, nous pouvons rappeler que la loi du 4 avril 2006 a également modifié l'article 212 du code civil afin d'y introduire le devoir de respect. Ce texte lu par l'officier d'état civil à l'occasion du mariage précise donc désormais que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance* ».

Pour I.CORPART, « il va sans dire que le respect de l'intégrité physique empêche tant les époux que les concubins ou les partenaires de blesser ou violenter la personne, homme ou femme, qui partage leur vie ».

---

<sup>1</sup> TGI Lille, 3<sup>e</sup> ch., 21 fév 2006

<sup>2</sup> Dans ce sens Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 oct. 2000 ou Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avr. 2004

<sup>3</sup> Visant à renforcer la protection des victimes, la prévention et la répression des violences faites aux femmes

<sup>4</sup> Xavier Labbée « *Le ministre et les violences dans le couple* » Recueil Dalloz 2009 p. 2814

## ***B- Un dispositif civil suffisant : la lutte contre les mariages forcés***

C'est également une lutte préventive contre les violences au sein du couple qui est mise en place par la loi de 2006, notamment par le truchement de dispositions civiles concernant les mariages forcés. En effet, on estime à près de 70 000 le nombre de femmes touchées par le phénomène des mariages forcés<sup>1</sup>. Ainsi la loi de 2006 a-t-elle renforcé le rôle dévolu au consentement (1) et accru les motifs d'action en nullité (2).

### **1) Le renforcement du consentement**

La première mesure visant à limiter les mariages forcés a consisté en un alignement de l'âge minimum des femmes pour se marier sur celui des hommes, soit dix-huit ans (article 144 du code civil).

Cette hausse de l'âge minimum des femmes pour se marier, si elle paraît au premier abord comme une mesure prise dans une optique égalitaire, est surtout une mesure qui a pour but de soustraire les jeunes femmes aux pressions familiales et d'éviter d'éventuels consentements non libres et éclairés<sup>2</sup>.

La protection du consentement au mariage passe également par l'audition des futurs époux en cas de doute sur la liberté de celui-ci. Une première loi du 26 novembre 2003 relative à l'immigration<sup>3</sup> avait instauré l'audition des futurs époux par l'officier d'état civil ou l'agent diplomatique afin d'apprécier l'intention matrimoniale de ces derniers, et la procédure de contrôle en cas d'indices sérieux d'absence de consentement était renforcée.

Depuis la loi de 2006, ce dispositif (qui avant ne faisait référence qu'au seul article 146 du code civil concernant l'absence totale de consentement), englobe également l'article 180 du code civil relatif à la liberté du consentement.

De plus, afin de renforcer la liberté du consentement, la loi du 4 avril 2006 intègre le vice de violence dans les dispositions relatives à l'audition des futurs époux, que le mariage soit

---

<sup>1</sup> Dominique Viriot-Barrial « *commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* » Recueil Dalloz 2006 p.2350

<sup>2</sup> L'article 145 du code civil prévoit toutefois la possibilité d'obtenir des dispenses d'âge accordées par le procureur de la République pour motifs graves.

<sup>3</sup> Loi n°2003-1129, JO 27 nov. p.20136

célébré en France ou à l'étranger<sup>1</sup>. Ce vice du consentement au mariage est également visé dans les dispositions relatives au sursis à la célébration<sup>2</sup> et au sursis à la transcription du mariage pour les mariages célébrés à l'étranger<sup>3</sup>, ce qui permet la saisine du ministère public par l'officier d'état civil ou l'agent diplomatique en cas d'indices sérieux de vices de violences.

## 2) L'accessibilité accrue à l'action en nullité

L'action en nullité pour vice du consentement à mariage a également été modifiée afin de lutter contre le phénomène des mariages forcés.

Jusqu'à la loi de 2006, la demande en nullité de mariage (il est ici question de la nullité relative) prévue à l'article 180 du code civil, ne pouvait provenir que de l'époux dont le consentement n'avait pas été donné librement. Ainsi ni l'autre conjoint, ni les ascendants, les descendants et a fortiori les tiers ne pouvaient agir. Or, à l'origine même d'un consentement non libre se trouvent souvent des pressions familiales et sociales qui empêchent également la victime d'agir en nullité.

La loi de 2006 marque une évolution, le ministère public ayant désormais expressément qualité pour demander la nullité du mariage lorsque le consentement n'est pas libre, comme il pouvait déjà le faire en cas d'absence de consentement.

De plus, à côté des vices traditionnels du consentement tel que l'erreur ou la violence, la loi crée une nouvelle cause de nullité relative du mariage qui est ajoutée en 2006 à l'article 180 du code civil : « *l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage* ». Malgré une certaine redondance avec la violence morale eu égard à une jurisprudence qui a toujours accepté d'annuler un mariage face à de vraies violences même morales, cette cause de nullité relative à la crainte révérencielle a été adoptée selon Muriel REBOURG pour son « rôle pédagogique »<sup>4</sup>.

Enfin, la loi est intervenue sur le délai de prescription de l'action en nullité. En vertu de l'article 181 du code civil, ce délai qui est normalement d'une durée de cinq ans à compter

---

<sup>1</sup> Articles 63 et 170 al.4 du code civil

<sup>2</sup> Article 175-2 du code civil

<sup>3</sup> Article 170-1 du code civil

<sup>4</sup> Muriel Rebourg « *Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* », La semaine juridique Edition Générale n° 16, 19 avril 2006, act.173

de la célébration du mariage, est, en cas de cohabitation continue des époux, de six mois après que l'époux ait acquis sa pleine liberté ou reconnu son erreur.

Afin d'élargir les possibilités d'annulation du mariage et eu égard au droit commun en matière d'action en nullité (article 1304 du code civil), un délai uniforme de cinq ans est désormais prévu (suppression de l'exception prévue en cas de cohabitation continuée), ce délai ne commençant à courir que du jour où la violence, la contrainte ou l'erreur a été découverte.

## **Section 2 – Les agressions sexuelles au sein du couple**

Le phénomène des violences sexuelles au sein des couples est un phénomène moins connu que celui des violences physiques, il n'en est pourtant pas moins grave. En effet, dans son rapport sur la criminalité en France rendu en 2007, l'OND recense 125 000 victimes de violences sexuelles intra-ménage en 2006.

Certes pendant longtemps, le « lit conjugal a été le grand absent des débats »<sup>1</sup>, mais face au développement de l'égalité entre l'homme et la femme, de l'individualisme et de la liberté sexuelle, face à l'aspiration croissante de la société en termes de protection et au rôle toujours plus important joué par le « consentement », le législateur n'a eu d'autres choix (poussé par la jurisprudence) que de s'intéresser aux agressions sexuelles commises au sein du couple (I). De même, à des fins de protection de l'intégrité physique, il régit, non sans quelques difficultés, une autre facette pouvant découler de la sexualité : la transmission du VIH par voie sexuelle (II).

### **I – Le viol entre membres du couple**

Pour un juriste, étudier l'évolution de l'appréhension par le droit pénal du viol au sein du couple se révèle être d'un intérêt particulièrement soutenu sur un plan de pure technique juridique. En effet, de nombreux concepts et notions ont été utilisés au fil du temps et des évolutions juridiques, afin de refuser la reconnaissance du viol entre époux : fait justificatif, immunités... et ensuite afin de contribuer à son appréhension par le droit pénal : présomption, consentement...

---

<sup>1</sup> F. Dekeuwer-Defossez « *Impressions et recherches sur les fautes et causes de divorces* », D. 1985. Chron. 219

Plus humainement, l'étude d'une telle évolution ne peut également qu'engendrer un intérêt particulier. Il est en effet ici question d'intégrité physique, mais également de liberté sexuelle, d'évolution des mœurs, d'égalité des sexes...

Ainsi que l'appréhension du viol au sein du couple s'est réalisée par étapes. Ouverte par une reconnaissance jurisprudentielle dans les années 1990 (A), elle n'a fait l'objet d'une consécration législative que depuis peu (B).

### **A- Une reconnaissance jurisprudentielle progressive**

Avant de faire l'objet d'une consécration par le législateur, la reconnaissance du viol entre époux a d'abord été l'œuvre du juge interne (1) et de la CEDH (2).

#### **1) La jurisprudence interne**

Avant 1980, un mari ne pouvait être poursuivi sur le fondement du viol pour avoir imposé par la force des relations sexuelles à son épouse. Une jurisprudence classique affirmait cette solution<sup>1</sup> qui trouvait son fondement dans les devoirs que se voient imposer les époux quand ils entrent dans le mariage et particulièrement le devoir de cohabitation, le devoir conjugal étant susceptible d'une exécution forcée<sup>2</sup>.

C'est avec la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 « relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs »<sup>3</sup> que l'évolution de l'appréhension par le droit pénal du viol entre époux a débuté.

En définissant le viol dans l'article 332 du code pénal<sup>4</sup> comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise* », la loi de 1980 avait fait de l'absence de consentement un élément constitutif fondamental du viol.

Pour une partie de la doctrine, la loi avait également généralisé le texte et considérablement étendu l'incrimination, permettant la poursuite sous cette qualification de la contrainte sexuelle exercée sur le conjoint. Parmi ces auteurs peuvent être cités : H. ANGEVIN<sup>5</sup>, M.

---

<sup>1</sup> Crim 21 novembre 1939 ; Crim 19 mars 1910

<sup>2</sup> Nous revenons ultérieurement (Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, A) sur cette solution antérieure à 1980

<sup>3</sup> D. Mayer, « *Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 23 décembre 1980* » D. 1981. Chron.283

<sup>4</sup> Nouvel article 222-23 du code pénal

<sup>5</sup> Note de Henri Angevin sur Crim 5 sept. 1990 dans D. 1991 p.13

PUECH<sup>1</sup>, D. MAYER<sup>2</sup> ou encore G. LEVASSEUR<sup>3</sup>. Ainsi D. MAYER avançait que l'extension de l'élément matériel du viol à tout acte de pénétration sexuelle avait pour effet d'abolir toute différence entre les actes normaux et les actes déviants<sup>4</sup>. D'autres auteurs<sup>5</sup>, au contraire, continuaient d'affirmer que la qualification de viol entre époux ne pouvait être retenue que lorsque l'un des conjoints avait imposé à l'autre des rapports sexuels déviants<sup>6</sup>, les autres (rapports sexuels imposés mais non déviants) n'étant qu'une contrainte résultant du devoir de cohabitation. Ainsi selon M-L RASSAT, le problème de la reconnaissance du viol entre époux ne résidait pas dans l'élément matériel (celui-ci étant bien constitué quand un conjoint impose des relations sexuelles à l'autre) mais dans l'élément moral. En effet, le viol suppose des relations sexuelles imposées à la victime or, pour le professeur RASSAT, la personne qui consent à se marier consent à avoir, pour le temps que dure le mariage, des relations sexuelles conformes à l'ordre de la nature avec celui qui devient son conjoint. Le consentement au mariage étant d'abord un consentement à avoir des relations sexuelles, il ne saurait y avoir de viol entre époux chacun ayant consenti à l'avance à avoir avec l'autre de tels rapports.

C'est dans ce contexte d'hésitation doctrinale qu'ont été rendues les premières décisions tendant à reconnaître le viol entre époux, décisions qui laissaient cependant planer des incertitudes quant à leur portée, en raison de la particularité des faits de chaque espèce.

En effet, dans un premier arrêt du 17 juillet 1984<sup>7</sup>, la Cour a condamné pour viol un mari qui avait abusé de sa femme avec la circonstance particulière que les époux étaient séparés légalement. Certains auteurs, tel que M-L RASSAT, estimaient alors qu'il n'était pas possible de déduire d'un tel arrêt que la Cour eût statué dans le même sens si l'obligation de communauté de vie entre époux avait subsisté.

A suivi un arrêt rendu le 5 septembre 1990 dans lequel la Cour de cassation affirme : « *L'article 332 du code pénal en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a*

---

<sup>1</sup> Observations de M. Puech sous Grenoble 4 juin 1980 dans D. 1981. IR. 154

<sup>2</sup> D. Mayer, « *Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 23 décembre 1980* » D. 1981. Chron.283

<sup>3</sup> Observations de G. Levasseur sous Crim 17 juillet 1984 dans RSC 1985, p. 82

<sup>4</sup> Note sous Crim 17 juillet 1984, D. 1985, 7

<sup>5</sup> A. Vitu, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas, 1982, t.2, n. 1853 et note de M-L Rassat D. 1993 p.117

<sup>6</sup> Distinction entre les rapports sexuels déviants et non déviants posée par la Cour de cassation dans des arrêts du 21 novembre 1839 et 19 mars 1910. Les rapports sexuels déviants, cad contre nature et ceux qui avaient été imposés en présence ou à l'aide d'un tiers pouvant être qualifiés d'atteinte à la pudeur.

<sup>7</sup> Cass. Crim. 17 juillet 1984, *Bull. crim.*, n° 260

*d'autres fins 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* ». En l'espèce, les époux n'étaient ni séparés de droit ou de fait mais en revanche, l'acte en cause était accompagné d'actes de torture et de barbarie. Malgré cette circonstance, la majorité de la doctrine<sup>1</sup> a estimé en 1990 que la chambre criminelle avait donné « à une question clairement posée une réponse claire »<sup>2</sup>. Pour reprendre les propos d'Henri ANGEVIN : « Autrui, vocable figurant dans le texte, désigne tout être humain autre que soi même. Pour être uni par le mariage, chacun des conjoints n'en demeure pas moins pour l'autre "autrui". Il n'existe pas entre époux de violences légitimes ; chacun d'eux est tenu de respecter la liberté de l'autre ; enfreint cette obligation, pénalement sanctionnée, celui qui impose à l'autre, contre sa volonté, un acte de pénétration sexuelle quelle que soit sa nature ». Cependant, une partie de la doctrine<sup>3</sup> se demandait encore si en l'absence d'autres circonstances, le fait de contraindre son conjoint à des relations sexuelles traditionnelles, entrainé ou non dans la qualification de viol<sup>4</sup>. Bien que le professeur Jean HAUSER qualifiait cette question « d'intéressante », il avançait en 1991 que jamais un tel cas n'accéderait au prétoire pénal<sup>5</sup>.

Il ne fallut pourtant qu'un an pour qu'il se fît et pour qu'un nouvel arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 juin 1992 vienne lever les derniers doutes qui subsistaient, mettant un terme à toute controverse relative au viol entre époux. En l'espèce, une information avait été ouverte du chef de viol contre D. à la suite d'une plainte de son épouse R. qui avait exposé qu'à deux reprises, dans les jours précédents, son mari lui avait imposé un rapport sexuel en usant de la force pour la soumettre. La chambre d'accusation avait confirmé l'ordonnance de non informé du juge d'instruction et précisé que « l'épouse ne peut invoquer son absence de consentement ou l'agressivité qui a accompagné des actes sexuels normaux, pour soutenir avoir été victime de viol ».

Dans un arrêt de principe et sur pourvoi du procureur général dans l'intérêt de la loi agissant sur ordre du Garde des Sceaux, la chambre criminelle a cassé cette décision. Après avoir

---

<sup>1</sup> G. Levasseur dans RSC 1991 p.348 ; H. Angevin dans D. 1991 p.13...

<sup>2</sup> H. Angevin dans D. 1991 p.13

<sup>3</sup> M-L Rassat, M. véron (Droit pénal 1991, n°10)

<sup>4</sup> M-L Rassat dans D. 1993 p. 117

<sup>5</sup> Jean Hauser « *viol entre époux* » RTD Civ. 1991 p.301

repris le chapeau de son arrêt du 5 septembre 1990<sup>1</sup>, la Cour pose le principe suivant : « *La présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie privée conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire* ».

A la lumière de cette décision, tous les auteurs furent obligés de conclure que le lien matrimonial est une circonstance indifférente et ne constitue pas un fait justificatif, et qu'un conjoint qui en contraint un autre à avoir des rapports sexuels même « naturels » se rend coupable d'un viol. Ainsi même le professeur RASSAT considère que c'est un arrêt « qui est cette fois-ci, aussi clair que les faits qui l'ont suscité », sans pour autant adhérer au fond à la solution adoptée par la Cour.

Elle rappelle l'importance de l'élément moral (absence de consentement) dans la constitution de l'infraction de viol, et dénonce l'immense difficulté que sera celle de prouver que l'un des deux époux ne consent pas aux rapports sexuels, particulièrement quand les intéressés sont mariés ensemble et cohabitent. Sur ce point, elle est rejointe par H. ANGEVIN et G. LEVASSEUR qui conclut son commentaire de la décision de 1992 sur ces mots : « La question de principe est désormais résolue, la jurisprudence sur son application risque néanmoins de ne pas être abondante, car on voit mal l'épouse réticente ameuter le voisinage pour le prendre à témoin de l'intolérable pression faite sur sa volonté ».

## **2) La jurisprudence européenne**

Quelques années plus tard, c'est dans la jurisprudence européenne que le viol entre époux va recevoir une nouvelle consécration. Deux affaires semblables C.R et S.W c/ Royaume-Uni amenèrent en effet la Cour européenne des droits de l'homme à se prononcer pour la première fois le 22 novembre 1995 sur la délicate question du viol entre époux.

Le premier requérant avait été condamné pour viol par la chambre des Lords en 1991 et le second pour viol par les juridictions de premier degré en 1990. Ils saisirent la CEDH sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre de manière générale le principe de la légalité des délits et des peines. En effet, au Royaume-

---

<sup>1</sup> « *Attendu qu'aux termes de l'article 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 ; qu'il n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre conjoint lorsqu'ils sont imposés dans les conditions qu'il définit* ».

uni à cette époque, le viol était certes incriminé, mais entre époux il n'était pas systématiquement punissable<sup>1</sup>.

Face à l'article 7 de la CEDH qui est un des rares principes à ne souffrir aucune dérogation en 1996, la Cour a développé un raisonnement en deux temps afin de conclure que celui-ci n'avait pas été violé par les juridictions anglaises ayant reconnu le viol entre époux.

Tout d'abord, elle va montrer que les jurisprudences anglaises en question ne sont pas rétroactives, puis elle va s'appuyer sur le contenu philosophique de la CEDH afin de démontrer que ces jurisprudences étaient conformes aux principes de celle-ci.

La Cour a ainsi démontré que pour ces deux affaires, il y avait une évolution jurisprudentielle qui allait dans le sens du démantèlement de l'immunité conjugale du mari<sup>2</sup>. Ainsi dans l'affaire C.R elle énonce que les décisions de la Court of Appeal et de la Chambre des Lords se bornent à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence, évolution dont on pouvait raisonnablement prévoir que la prochaine étape serait la reconnaissance judiciaire de l'absence d'immunité<sup>3</sup>. Puis la Cour a insisté sur ce caractère raisonnablement prévisible de la jurisprudence en prenant soin de préciser que si l' « on ne saurait interpréter l'art. 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre... », il faut « ...que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible ». La Cour constate donc tout d'abord que la loi n'excluait pas le viol entre époux, elle remarque ensuite que l'évolution jurisprudentielle était claire, cohérente et prévisible pour en déduire que le principe général d'immunité conjugale n'existait plus au jour de la commission des actes en cause.

Ces arrêts rendus par la CEDH le 22 novembre 1995 sont d'autant plus importants pour la consécration du viol entre époux qu'était en jeu l'article 7 de la Convention énonçant un des principes, sinon le principe fondateur du droit pénal qu'est le principe de légalité des délits et des peines.

---

<sup>1</sup> C'est seulement depuis une loi du 3 novembre 1994 que le viol est clairement puni même lorsque l'auteur est l'époux de la victime

<sup>2</sup> Cette immunité résultant de la définition même du viol en 1976 au Royaume Uni « *rapports sexuels illégitimes avec une femme non consentante au moment desdits rapports* ».

<sup>3</sup> « *Stigmatisation européenne du viol entre époux* » Jean- Pierre Marguénaud, RTD Civ. 1996 p. 512

Cependant, il faut attendre 2006 pour que le viol entre époux soit pleinement consacré et fasse son entrée dans la loi.

### ***B- La consécration législative***

C'est en effet avec la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre un mineur<sup>1</sup>, que le législateur a reconnu explicitement la qualification de violences sexuelles au sein du couple et prévu un régime de répression particulier.

Afin de stigmatiser le viol entre époux, le législateur a usé à la fois d'une incrimination spécifique et du concept des circonstances aggravantes.

Ainsi a-t-il doté l'article 222-22 du code pénal qui définit les agressions sexuelles d'un deuxième alinéa rédigé comme tel : *« le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris lorsqu'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas la présomption des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve contraire »*. Il convient d'insister dès maintenant sur l'importance et l'aspect symbolique de ce rajout, l'article 222-22 du code pénal étant l'article introductif de la section III relative aux agressions sexuelles.

En parallèle, le législateur a également prévu une aggravation de la répression par le truchement des circonstances aggravantes, lorsque le viol ou les agressions sexuelles autres que le viol sont commis par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité.

Le viol est ainsi puni de vingt ans de réclusion criminelle et non plus de quinze ans (article 222-24 11°) et les autres agressions sexuelles de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende au lieu de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (article 222-28 7°) lorsqu'ils sont commis au sein du couple.

---

<sup>1</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

On peut remarquer tout d'abord que le législateur ne s'est pas contenté de viser le viol mais pose également le principe d'une possible incrimination d'agression sexuelle au sein d'un couple, étendant de la sorte les faits pouvant faire l'objet d'une répression.

On observe également que la loi de 2006 ne vise dans l'article 222-22 du code pénal que le couple marié. Alors même que les autres dispositions de cette loi, relatives à la violence au sein du couple, avaient au contraire pour but d'unifier les régimes répressifs concernant les différentes formes de couple, on peut s'interroger sur les raisons ayant entraîné une telle discrimination.

Dominique VIRIOT-BARRIAL<sup>1</sup> explique cette différence par référence au régime probatoire énoncé à la fin de l'alinéa 2 de l'article 222-22 du code pénal : « *Dans ce cas la présomption des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve contraire* » (consécration des solutions jurisprudentielles que nous avons précédemment évoquées<sup>2</sup>). En effet, en matière conjugale, le devoir de communauté de vie comprend un aspect matériel (vivre sous le même toit) et un aspect charnel (la communauté de lit). Résulte donc du devoir de communauté de vie un devoir conjugal, bien qu'aucun texte ne le prévoit expressément. Or, entre concubin, un tel devoir n'existe pas et il n'existe donc ipso facto aucune présomption de consentement. En revanche, selon D. VIRIOT-BARRIAL, la solution est sensiblement différente pour le PACS, l'article 515-1 du code civil reprenant pour ce dernier le devoir de communauté de vie imposé aux époux<sup>3</sup>. Elle précise que la communauté de vie évoquée dans l'article 515-1 du code civil ne peut s'entendre de la simple communauté d'intérêts matériels et que le Conseil constitutionnel lui-même a considéré que la vie commune supposait une vie de couple et ne pouvait se limiter à une simple cohabitation entre deux personnes<sup>4</sup>.

D. VIRIOT-BARRIAL s'interroge alors : « A cet égard, n'aurait-il pas mieux valu dépasser la seule référence au lien conjugal pour viser les relations impliquant une communauté de vie ? Et ce d'autant plus que le législateur n'a fait aucune différence quand il a conçu ces différentes relations comme une circonstance aggravante ».

---

<sup>1</sup> Maître de conférences à l'Université Aix-Marseille et directrice de l'Institut de formation droit privé et justice

<sup>2</sup> Crim. 11 juin 1992

<sup>3</sup> Article 515-1 du code civil : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

<sup>4</sup> Cons. Const. 9 novembre 1999 ; N. Molfessis, « *La réécriture de la loi relative au PACS par le conseil constitutionnel* », JCP 2000, I, 210

Un autre paradoxe peut être souligné en ce que pour certains auteurs, l'entrée dans le code pénal du viol entre époux s'accommode mal avec le maintien du « devoir conjugal » en matière civile, pouvant entraîner en cas de non exécution un divorce pour faute.

Pour une partie de la doctrine, il n'est guère de paradoxe entre le civil et le pénal, le devoir conjugal pouvant être analysé comme une obligation de faire non susceptible d'exécution forcée, mais qui se résout en cause de séparation en cas d'inexécution du débiteur<sup>1</sup>. Pour une autre, cependant, « il est déroutant, à l'heure où il s'agit de combattre toute forme de violence dans le couple, de laisser planer une zone d'ombre entre la liberté et le viol, propice à l'exercice d'un devoir sous contrainte, résultant notamment de la menace d'un divorce pour faute »<sup>2</sup>.

Enfin, il convient de préciser qu'une autre avancée serait réalisée et que les difficultés relatives à la preuve du viol entre époux pourraient être largement atténuées si la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, présentée à l'assemblée nationale le 27 novembre 2009 par les députés D. BOUSQUET et G. GEOFFROY et adoptée en 1<sup>ère</sup> lecture le 25 février 2010, devait être adoptée en l'état. En effet, afin de tirer toutes les conséquences de l'introduction dans la loi, en 2006, du viol entre époux, les députés proposent, à l'article 20 de cette proposition de loi, de supprimer la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel de l'article 222-22.

Cette loi, mettant un terme à la jurisprudence célèbre du 11 juin 1992, marquerait un grand pas dans l'appréhension et la répression du viol entre époux. Si une telle présomption n'existe plus, n'y aurait-il plus alors aucune différence entre la preuve d'un viol quelconque et celle d'un viol entre époux ? Même si dans les faits nous pouvons nous permettre d'en douter, cette proposition de loi est la preuve qu'en matière de protection des membres du couple contre les actes commis par l'un envers l'autre, tout n'est pas fait et qu'une progression est encore possible. Une telle proposition de loi invite de nouveau à s'interroger sur l'avenir du devoir conjugal. Si les époux ne sont plus présumés consentir à avoir l'un avec l'autre des relations sexuelles, un tel devoir garde-t-il un sens quelconque ?

---

<sup>1</sup> G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd. 2003, n°25

<sup>2</sup> Anne-Marie Leroyer dans RTD Civ. 2006 p.402, commentaire de la loi du 4 avril 2006

Avant même cette proposition de loi, le professeur LEROYER <sup>1</sup> s'interrogeait sur la pertinence d'un tel devoir dans une société où priment la liberté sexuelle et la répression des violences conjugales : « De multiples raisons paraissent asseoir le devoir conjugal, mais aucune n'emporte aujourd'hui vraiment la conviction. En outre, le maintien de ce devoir traduit par ailleurs une conception de l'institution matrimoniale dont les fondements anthropologiques et théologiques sont dépassés ».

## **II – La transmission du VIH entre membres du couple**

En lien avec l'intrusion du droit pénal dans le lit des couples, une autre question mérite qu'on lui accorde une attention particulière celle de la transmission du VIH au sein du couple. Cette question implique de s'attarder notamment sur la pénalisation de la transmission volontaire du VIH par voie sexuelle ainsi que sur l'incidence du consentement du membre contaminé. Comme nous le verrons, la contamination volontaire de la personne d'autrui par voie sexuelle fut longtemps esquivée par le droit pénal avant d'être appréhendée par celui-ci (A), et ce entre autres, parce que le comportement litigieux n'est pas spécifiquement incriminé et peut tomber sous le coup de plusieurs qualifications sans correspondre pleinement à aucune (B), rendant l'opération de qualification particulièrement délicate<sup>2</sup>.

### ***A- Une jurisprudence établie au fondement discutable***

C'est en 1998<sup>3</sup> que la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur la question, en décidant qu'une contamination volontaire du VIH par voie sexuelle ne peut recevoir la qualification d'empoisonnement. Reprenant les arguments avancés par la jurisprudence dans l'affaire du sang contaminé<sup>4</sup>, la Cour de cassation énonce que l'incrimination d'empoisonnement est inapplicable parce qu'elle suppose, non seulement la connaissance du caractère mortifère de la substance administrée, mais encore *l'animus necandi*, c'est-à-dire la volonté de tuer.

---

<sup>1</sup> Anne-Marie Leroyer dans RTD Civ. 2006 p.402, commentaire de la loi du 4 avril 2006

<sup>2</sup> Bertrand de Lamy, « *Transmission volontaire du virus VIH* » Droit de la famille n°4, Avril 2006, comm. 101

<sup>3</sup> Cass. Crim 2 juillet 1998, *Bull. crim.*, n°211

<sup>4</sup> TGI Paris, 23 octobre 1992

Selon le professeur MAYAUD, un tel raisonnement est erroné. L'empoisonnement étant une infraction formelle indifférente à la survenance ou non de la mort (ce qui la distingue du meurtre, infraction matérielle), « l'intention ne saurait intégrer la volonté de donner la mort là où précisément, cette dernière n'est pas matériellement prise en compte », « sauf à contrarier dans son principe la distinction des infractions matérielles et des infractions formelles, avec pour conséquence de rendre inutile la complémentarité voulue par le législateur lui-même »<sup>1</sup>.

Pourtant le 22 septembre 1999<sup>2</sup>, la cour d'appel de Colmar qui eut à nouveau à se prononcer sur une affaire de contamination volontaire, ne revint pas sur la position de la Cour de cassation et opta pour la qualification d'administration de substance nuisible ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui (article 222-15 du code pénal).

Ce choix fut confirmé par un arrêt de la chambre criminelle du 10 janvier 2006<sup>3</sup>, dans lequel pour la première fois, la juridiction suprême se prononça en faveur de l'application de l'infraction d'administration de substance nuisible à une personne poursuivie pour avoir transmis le virus du sida à l'occasion de rapports sexuels non protégés, confirmant la décision qui avait été rendue dans cette affaire par la Cour d'appel de Colmar le 4 janvier 2005.

L'arrêt de 2006 met donc fin aux hésitations et fixe clairement la jurisprudence. Il n'échappe pas pour autant aux critiques, une large partie de la doctrine contestant le bien-fondé de l'incrimination retenue.

L'incrimination de l'article 222-15 du code pénal semble en effet inadaptée aux faits que l'on souhaite appréhender tant sur le plan de l'élément matériel que sur celui de l'élément moral.

Tout d'abord, retenir en cas de contamination volontaire du VIH par voie sexuelle, la qualification d'administration de substance nuisible, revient à considérer que le VIH est une substance nuisible et non une substance mortifère (ce qui obligerait à retenir la qualification d'empoisonnement). Pour B. CHAPLEAU<sup>4</sup>, A. PROTHAIS<sup>1</sup>, S. MIRABAIL<sup>2</sup> ou encore P.

---

<sup>1</sup> Y. Mayaud « *Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou de faux débats sur l'animus necandi* » RSC 199 p.98

<sup>2</sup> CA Rouen, 22 septembre 1999 : Juris-Data n° 1999-707526

<sup>3</sup> Cass. Crim. 10 janvier 2006 : Juris-Data n°2006-031651 ; Bull. crim. 2006, n° 11 ; A. Prothais, « *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal* » D. 2006, p.1068 ; B. de Lamy, « *Transmission volontaire du virus du VIH* » Dr. Famille 2006, comm. 101 ; S. Mirabail « *Administration de substance nuisible* » D. 2006, p. 1653.

<sup>4</sup> B. Chapleau « *La pénalisation de la transmission du VIH par voie sexuelle* » Dr. Pénal n°10, 2006, étude 18

MISTRETTA<sup>3</sup>, ce raisonnement est fort critiquable : « une substance ne changeant pas de nature si un traitement, un vaccin ou un antidote vient en atténuer ou supprimer les effets »<sup>4</sup>. Et B. CHAPLEAU de préciser : « est-il besoin de rappeler que le sida est la quatrième cause de mortalité au niveau mondial ? ».

Ainsi selon A. PROTHAIS, il y a ici une volonté manifeste de correctionnalisation par minoration délibérée d'un élément constitutif de l'infraction.

Si la critique fut vive concernant l'élément matériel, elle le fut également concernant l'élément moral de l'incrimination d'administration de substance nuisible, malmené par la Cour de cassation.

En effet, l'article 222-15 ne faisant l'objet d'aucune précision textuelle, l'administration de substance nuisible ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est une infraction intentionnelle, l'intention devant s'entendre comme la volonté du comportement mais également la volonté du résultat.

Or, afin de caractériser l'infraction, les juges se contentent de relever que l'auteur accepte à l'avance l'atteinte corporelle comme conséquence possible de son comportement sans exiger qu'il ait voulu le dommage effectivement causé.

Mais prendre le risque de contaminer quelqu'un n'équivaut pas forcément à la volonté de porter atteinte à son intégrité physique.

Cela est d'autant plus vrai que le degré de probabilité de contamination n'est pas assez élevé pour soutenir le raisonnement de la Cour de cassation. Ainsi, chez certains couples dont l'un des partenaires est séropositif, il n'y a pas de contamination à l'autre membre après des années de relations sexuelles non protégées.

Pour B. CHAPLEAU, le raisonnement de la Cour de cassation revient à « se contenter d'un dol éventuel, là où les textes exigent une intention »<sup>5</sup> et se contenter, au titre de l'élément moral, de la volonté de l'agent d'administrer une substance en connaissance de cause, revient à confondre des éléments moraux distincts et donc à bafouer le principe de la légalité criminelle<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> A. Prothais « *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal* » D. 2006 p.1068

<sup>2</sup> S. Mirabail « *Administration de substance nuisible* » D. 2006, p. 1653

<sup>3</sup> P. Mistretta « *Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal* » Revue de droit sanitaire et sociale 2005 p. 415

<sup>4</sup> A. Prothais, « *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal* » D. 2006 p.1068

<sup>5</sup> B. chapleau, « *La pénalisation de la transmission du VIH par voie sexuelle* » Dr. Pénal n°10, 2006, étude 18

<sup>6</sup> B. chapleau, « *La pénalisation de la transmission du VIH par voie sexuelle* » Dr. Pénal n°10, 2006, étude 18

On peut par ailleurs supposer que le raisonnement et le choix de qualification opérés par la Cour de cassation ne sont pas sans conséquences sur le cas particulier de la transmission du VIH au sein du couple.

En effet, dans l'affaire que la Cour avait à juger<sup>1</sup>, il n'était point question de débattre dans les faits de la volonté de l'homme porteur du virus, que ce soit la volonté du comportement ou la volonté du résultat (l'homme en question avait contaminé plusieurs femmes et avait allégué une allergie au latex afin d'éviter d'avoir des relations protégées...).

La qualification d'administration de substance nuisible, aussi discutable soit-elle, était donc susceptible d'être retenue en l'espèce.

Mais la qualification et le raisonnement de la Cour conduiraient à retenir la même solution en cas de transmission du VIH au sein d'un couple où, après plusieurs années de vie sexuelle sans protection l'un des membres contamine l'autre, alors même qu'au moment des faits ce dernier était au courant du mal qu'il encourait. En effet, le consentement de la victime n'étant pas en droit pénal un fait justificatif de nature à enrayer la responsabilité de l'auteur d'une infraction, si les juges n'exigent au titre de l'élément moral que la volonté du comportement et occultent la volonté du résultat, on peut s'interroger sur les raisons qui empêcheraient de retenir une telle solution dans un pareil cas.

Même si l'époux, l'épouse... n'avait pas la volonté de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de son conjoint, il a bien pris le risque de façon délibérée de la survenance du résultat et la Cour de cassation s'est contentée de ce risque afin de retenir la qualification d'administration de substance nuisible aggravée (ayant entraîné une infirmité permanente des victimes), dans son arrêt du 10 janvier 2006.

### ***B- Les fondements alternatifs***

Cette décision de la Cour de cassation fut largement critiquée par la doctrine, mais celle-ci reconnaît également que la tâche confiée à la Cour n'était point aisée. Bien au contraire, aucune incrimination ne semblait convenir à l'appréhension des faits que sont la transmission volontaire du VIH par voie sexuelle.

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 10 janvier 2006

Pour beaucoup d'auteurs, la qualification la plus adaptée reste celle de l'article 221-5 du code pénal, l'empoisonnement. Cependant la Cour de cassation ayant définitivement exclu cette qualification en exigeant *l'animus necandi* (la volonté de tuer) en plus de la connaissance du caractère mortifère de la substance administrée, il n'est point utile de revenir dessus<sup>1</sup>.

Plusieurs autres qualifications peuvent alors être envisagées, certaines devant cependant être aussitôt écartées.

Il en est ainsi du délit de non assistance à personne en danger. Si l'auteur de l'infraction met effectivement en péril la vie de sa ou son partenaire, ce délit punit une abstention alors qu'il est question ici d'une action. De même, le délit de mise en danger de la vie d'autrui ne peut pas plus être retenu, puisqu'il suppose la méconnaissance délibérée d'un texte posant une obligation particulière de prudence ou de sécurité qui est en l'occurrence inexistant. Ne conviendrait pas plus l'infraction d'homicide ou celle de blessure involontaire, puisque nous traitons de la transmission « volontaire » du VIH.

S. MIRABAIL<sup>2</sup> et B. de LAMY<sup>3</sup> s'accordent en revanche pour avancer que le délit plus général de violence volontaire pourrait être envisagé, le terme de « violence » étant suffisamment large afin de couvrir l'administration d'une substance toxique<sup>4</sup>.

Afin de remédier à l'inadaptation du droit existant, de nombreux auteurs envisagent la mise en place d'une incrimination spécifique (P. MISTRETTA, S. MIRABAIL, B. de LAMY...).

Ainsi B. de LAMY propose-t-il d'incriminer le fait d'exposer autrui à un risque de mort ou de maladie incurable par l'administration d'une substance de nature à compromettre, immédiatement ou à terme, sa santé physique ou psychique, alors que P. MISTRETTA propose plus largement un délit de mise en danger par contamination délibérée de la personne d'autrui. Les deux s'accordent sur le caractère formel du délit afin de coller à la réalité criminologique. Il serait alors possible de saisir le fait d'exposer à la contamination, de prendre le risque d'une telle contamination et non simplement celui de la contamination effective.

---

<sup>1</sup> Voir *infra* la critique de M. Mayaud sur ce raisonnement

<sup>2</sup> S. Mirabail « Administration de substance nuisible » D. 2006, p. 1653

<sup>3</sup> B. de Lamy, « Transmission volontaire du virus du VIH » Dr. Famille 2006, comm. 101

<sup>4</sup> B. de Lamy, « Transmission volontaire du virus du VIH » Dr. Famille 2006, comm. 101

Une telle législation spécifique existe d'ailleurs déjà au Danemark et dans la moitié des Etats-Unis. Ces législations prévoient cependant que la responsabilité pénale de la personne séropositive n'est pas engagée si son partenaire accepte les relations en connaissance des risques encourus.

Pour B. CHAPLEAU, la création d'une incrimination spécifique est critiquable. Elle avance qu'une telle législation ne ferait qu'accroître la stigmatisation des personnes souffrantes et exacerber les querelles entre les acteurs de la lutte contre le VIH qui prônent la pénalisation et ceux qui prônent la dépénalisation.

Si elle avance qu'une infraction spécifique n'est pas nécessaire, c'est parce qu'elle considère qu'il existe déjà dans l'arsenal législatif existant une incrimination adéquate, le viol, et ses arguments méritent un léger développement.

Le viol est défini à l'article 222-23 du code pénal comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise* ». C'est dans la « surprise » que réside pour B. CHAPLEAU, l'assise d'une possible qualification de viol pour la transmission volontaire du VIH. Le terme « surprendre » étant défini par le petit Robert comme « gagner artificiellement, obtenir par fraude », le viol peut être perçu comme l'acte de pénétration qui est obtenu par tromperie<sup>1</sup>.

Le terme de « surprise » n'exigeant pas un quelconque acte positif, il pourrait même s'entendre de la réticence d'un partenaire à dévoiler sa séropositivité à l'autre, à la condition toutefois, que cette réticence ait eu un caractère déterminant (il faudra prouver que la connaissance de la séropositivité aurait empêché le partenaire de consentir aux relations sexuelles).

Pour A. PROTHAIS, ce recours à l'incrimination de viol, qui met au cœur du processus d'incrimination le consentement, doit être salué à l'heure où l'on ne cesse d'exiger (en particulier avec les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 et du 6 août 2004) un consentement libre et éclairé de la personne concernée en cas d'atteinte à son intégrité physique ou psychique<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> B. Chapleau « *La pénalisation de la transmission du VIH par voie sexuelle* » Dr. Pénal n°10, 2006, étude 18

<sup>2</sup> A. Prothais « *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal* » D. 2006 p.1068

Cette proposition est fort intéressante concernant le cas particulier de la transmission du VIH entre époux car elle paraît aboutir à une juste répression sur le plan de la morale et de la liberté sexuelle (bien que sûrement critiquable sur un plan purement juridique). En effet, si l'un des membres du couple contamine l'autre à l'insu de ce dernier, alors l'incrimination de viol trouve à s'appliquer, et ce d'autant plus que, comme nous l'avons vu précédemment, le viol entre époux est aujourd'hui reconnu et consacré par la jurisprudence et par le législateur. L'incrimination pourrait d'ailleurs être applicable qu'il y ait ou non contamination.

En revanche, si l'un des deux époux consent à des relations sexuelles avec son conjoint qu'il sait malade, aucune infraction ne pourra être retenue a posteriori contre celui qui savait son époux consentant (alors qu'il semble que ce ne soit pas le cas aujourd'hui en raison de la qualification retenue par la jurisprudence).

Ainsi, sous couvert d'une prise en compte indirecte du consentement, le choix de l'incrimination de viol afin de sanctionner la transmission du VIH par voie sexuelle nous paraît faire un bon compromis entre le respect de la liberté sexuelle de chacun et la protection de l'intégrité physique, permettant ainsi aux couples dont l'un des membres est séropositif, de faire les choix relatifs à leur vie sexuelle en toute connaissance de cause.

Si le lien familial peut être comme nous venons de le voir facteur d'aggravation de la répression de certaines infractions, il peut aussi à l'inverse, être sans incidence voire même source d'atténuation des effets de la règle pénale.

## ***Chapitre 2 – Le couple : d’une circonstance indifférente à un obstacle aux poursuites pénales***

Dans son appréhension du lien existant entre les membres du couple, le droit pénal recherche un équilibre entre ce qui doit être aggravé et ce qui au contraire doit être excusé ou négligé en raison de l’existence de ce lien particulier. Ainsi, certaines infractions ne font l’objet d’aucune poursuite pénale pour la raison même qu’elles sont commises entre membres d’un couple (**Section 1**). Par ailleurs, il est certaines infractions dont on pourrait douter qu’elles puissent être constituées entre membres d’un couple. Le droit pénal intervient ici en ne tirant aucune conséquence du lien particulier qui existe entre les membres d’un couple, permettant de la sorte la constitution de ces infractions même au sein du couple (**Section 2**).

### **Section 1 – Le couple, un obstacle aux poursuites pénales**

C’est par le truchement des immunités familiales que le couple est un facteur entravant les poursuites pénales de certaines infractions. Si la prise en compte du couple par le droit pénal en matière d’immunité est effective (I), nous verrons cependant qu’elle est également relative car doublement limitée (II).

#### **I- Les immunités familiales : une prise en compte effective du couple**

Si, en accord avec l’évolution des mœurs, certaines formes d’immunité ont fort heureusement aujourd’hui disparu (A), de nombreuses autres demeurent dans le domaine des atteintes aux biens, faisant ressortir les relations particulières qui existent dans un couple (B).

##### ***A- La disparition de l’immunité conjugale***

Comme nous l’avons expliqué dans notre chapitre 1<sup>er</sup>, les incriminations de viol ou d’agression sexuelle entre époux sont loin d’avoir toujours existées, bien au contraire. Jusqu’à la loi du 23 décembre 1980, la contrainte sexuelle exercée par le mari ne pouvait jamais être constitutive d’un viol.

Cette règle trouvait son fondement dans la *copula carnalis* du droit canonique<sup>1</sup> qui est à la fois le fait et un effet du mariage. Ainsi, il était écrit dans le code canonique de 1917 : « *Chaque partie donne et reçoit le droit perpétuel et exclusif sur le corps de son conjoint afin de permettre les actes propres à donner la vie* » (canon 1081).

Puis en 1736, Sir Matthew Hale dans son *History of pleas of the Crown* s'exprimait ainsi « Mais l'époux ne peut être coupable d'un viol commis par lui-même sur sa femme légitime, car de par leur consentement et leur contrat de mariage, l'épouse s'est de cette manière livrée à son époux, et elle ne peut se rétracter ». Outre-manche, il était donc question de la même idée.

Plus tard, c'est dans le devoir de communauté de vie, consacré par la loi du 4 juin 1970 et que Loysel résumait de la sorte : « Boire, manger, coucher ensemble, c'est le mariage il me semble », que cette règle va trouver une assise. Le code civil ne traitant jamais directement des relations sexuelles entre époux, c'est en effet de ce devoir de cohabitation (article 215 alinéa 2 du code civil) que la doctrine et la jurisprudence ont tiré l'existence du devoir conjugal entre époux.

C'est donc sur ces fondements que de 1839 à 1980, une jurisprudence constante a établi une véritable immunité de fait au bénéfice du mari qui usait de la force pour contraindre son épouse à avoir des rapports sexuels.

Ainsi dans un premier arrêt du 21 novembre 1839<sup>2</sup>, la Cour de cassation posait le principe selon lequel ne pouvait recevoir la qualification de viol ou d'attentat à la pudeur, l'acte par lequel le mari imposait à son épouse de subir des actes qui n'étaient pas contraires aux fins légitimes du mariage. Il n'y avait donc pas de violence illégitime dans l'acte du mari qui employait la force pour contraindre sa femme à des relations sexuelles normales, c'est-à-dire conformes à l'ordre de la nature et ne causant aucune blessure<sup>3</sup>.

A cette époque, le viol ne faisait l'objet d'aucune définition légale et était donc constitué par l'introduction du sexe d'un homme dans celui d'une femme contre le gré de celle-ci. En référence à cette définition, la Cour allait confirmer sa position dans un second arrêt rendu le 19 mars 1910 en affirmant que « le fait pour un mari d'imposer, fût par la force, à son

---

<sup>1</sup> Apparue notamment avec Hincmar (806-882) et développée par Gratien (vers 1140)

<sup>2</sup> Cass. Crim. 21 novembre 1839 : S. 39, 1, 317, conclusions Dupin.

<sup>3</sup> Robert Vouin, Droit pénal spécial, 3<sup>e</sup> éd., n°296

épouse un acte de cette nature (contrainte sexuelle), ne pouvait recevoir cette qualification (viol), puisque la conjonction obtenue, loin d'être illicite, est une des finalités du mariage »<sup>1</sup>. La contrainte sexuelle ne pouvait donc ainsi qu'être qualifiée d'attentat à la pudeur lorsque le mari avait fait subir à sa femme des actes contre nature<sup>2</sup>, ou lorsqu'il lui avait imposé des rapports sexuels en présence et avec l'aide d'un tiers<sup>3</sup>.

Le devoir de cohabitation justifiait donc en quelque sorte l'infraction. Certes, il n'y avait pas d'immunité légale et les auteurs s'accordent plus sur l'existence de fait justificatif spécial qui légitimait les actes accomplis par un mari à l'égard de sa femme lorsqu'ils tendent à assurer la fin du mariage<sup>4</sup>. Cependant, ce fait justificatif entraînait bien une immunité de fait au profit d'un des deux membres du couple, pour les actes réalisés au détriment de l'autre. D'ailleurs, dans leurs commentaires relatifs aux arrêts S.W et C.R c/ Royaume-Uni rendus par la CEDH le 25 novembre 2005 (précédemment évoqués), Pierre NUSS et Renée KOERING-JOULIN emploient le terme « d'immunité conjugale »<sup>5</sup>.

Evidemment cette immunité n'est plus, le viol entre époux étant même inscrit dans la loi<sup>6</sup>, et il n'est plus aujourd'hui d'immunité familiale entraînant des conséquences sur l'intégrité physique de l'un des membres.

Ainsi, nous pouvons ajouter que le code pénal de 1992 n'a pas repris l'immunité bénéficiant au ravisseur d'une mineure qui aurait épousé par la suite sa victime<sup>7</sup>.

L'évolution des mœurs et l'égalité des sexes ont donc modifié le panorama des immunités familiales. Seules demeurent aujourd'hui des immunités familiales dans le domaine patrimonial ou dans celui de l'atteinte à l'autorité publique, et dont le fondement, comme nous allons le voir, est tout autre que celui qui avait fondé l'immunité de fait permettant au mari d'imposer à son épouse des relations sexuelles normales, cette dernière étant par le mariage, privée du droit de ne point y consentir.

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 19 mars 1910 : Bull. crim., n°153

<sup>2</sup> Cass. Crim. 21 novembre 1839

<sup>3</sup> Cass. Crim. 19 mars 1910

<sup>4</sup> J-P Doucet, Gaz. Pal. Fév. 1991 p. 58

<sup>5</sup> Article de R. Koering-Joulin dans RSC 1996 p. 473 et article de P. Nuss dans Gaz. Pal. Juillet 1997

<sup>6</sup> Sur la fin de l'immunité et l'évolution de l'incrimination de viol entre époux, voir Partie I, Chapitre 1, Section 2, I, A.

<sup>7</sup> R. Merle et A. Vitu *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. Vitu, Cujas, 1982, t.2, p. 1770, n°2181.

## ***B- Les immunités familiales dans le domaine patrimonial***

Afin d'appréhender dans son ensemble le concept d'immunité familiale, il convient de s'intéresser à son domaine (1) avant d'évoquer ses effets juridiques (2).

### **1) Le domaine de l'immunité**

Les immunités familiales en matière d'atteintes aux biens sont définies à l'article 311-12 du code pénal relatif au vol. C'est en référence à cet article 311-12<sup>1</sup> qu'elles s'appliquent également aux délits d'extorsion (article 312-9 al.2 du CP), de chantage (article 312-12 al.2 du CP), d'escroquerie (article 313-3 al.2 du CP) et d'abus de confiance (article 314-4 du CP).

Les immunités familiales sont donc propres aux infractions d'appropriations frauduleuses des biens et sont fondées sur l'article 311-12 du CP rédigé comme suit : « *Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant ; 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément* ».

La lettre du texte nous conduit immédiatement à dresser un premier constat relatif aux personnes concernées. En effet, l'article 311-12 vise expressément les « conjoints » et sont donc exclus du bénéfice de l'immunité, les concubins<sup>2</sup> comme les pacsés.

Sont également exclus de ce bénéfice les fiancés<sup>3</sup> et les personnes divorcées. Ainsi la femme ayant soustrait des meubles à son ex-mari, ne peut prétendre au bénéfice de l'immunité en invoquant que leur divorce (obtenu sur sa propre demande) est inopposable en France car obtenu frauduleusement à l'étranger, et ce, par application du principe *nemo auditur*<sup>4</sup>.

L'irresponsabilité pénale qui résulte de l'immunité familiale étant, dans une certaine mesure, la conséquence du mariage et de l'obligation de vie commune<sup>5</sup>, elle ne joue plus non plus lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. L'existence du couple n'est alors plus assez prégnante pour que le droit pénal en fasse un obstacle à la répression : l'immunité couvre les infractions commises au préjudice du conjoint.

---

<sup>1</sup> Aux termes de l'ancien article 380 du code pénal, seules les « soustractions » pouvaient être couvertes par une immunité familiale.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 22 janvier 1948 ; Cass. Crim. 27 mai 1975 ; Cass. Crim. 8 décembre 1993

<sup>3</sup> Cass. Crim. 20 juillet 1949

<sup>4</sup> Cass. Crim. 11 juin 1996

<sup>5</sup> J. Amar « PACS et immunités familiales » Droit pénal octobre 2000 p.4

En matière d'atteintes aux biens, le lien familial requis pour l'application de l'immunité s'apprécie donc au regard de la victime.

Concernant les infractions visées, P.MOUSSERON<sup>1</sup> remarque que certaines infractions telles que le recel<sup>2</sup> sont laissées de côté par le code pénal de 1992, et surtout, que la nouvelle rédaction risque d'étendre exagérément le bénéfice des immunités. En effet, l'article 311-12 étant inscrit dans la section II relative aux « dispositions générales », rien ne s'oppose à ce qu'il soit appliqué aux vols aggravés. Enfin, il faut noter que le principe d'interprétation stricte des textes s'oppose à ce que les dispositions du code pénal relatives à l'immunité familiale soient étendues à des situations voisines. Ainsi en est-il de l'immunité familiale en matière d'escroquerie qui ne peut être étendue aux délits de falsification de chèque et usage qui lui sont totalement autonomes<sup>3</sup>.

Enfin, les dispositions de l'art 311-12 du CP ne sauraient être étendues aux actes qui ont accompagné la soustraction, si ces actes constituent par eux-mêmes des infractions pénales<sup>4</sup>.

## **2) Les effets juridiques de l'immunité**

L'immunité familiale va avoir pour effet d'empêcher, lorsqu'une des infractions visées a eu lieu de la part d'un des membres du couple marié au détriment de l'autre, que ce dernier ne puisse obtenir la réponse pénale à laquelle il peut en principe prétendre.

C'est alors en quelque sorte l'époux, auteur des faits, qui est ici protégé par le droit pénal. Le fondement des immunités familiales n'est d'ailleurs pas clairement établi et a fait l'objet de plusieurs hypothèses recensées par P. MOUSSERON<sup>5</sup>. Ainsi, on a tout d'abord tenté d'expliquer les immunités familiales par le truchement des notions de copropriété familiale<sup>6</sup> et de confusion des patrimoines, mais pour P. MOUSSERON, cette référence ne pouvait être qu'incorrecte en ce que la famille, faute d'avoir une personnalité propre, ne peut avoir de patrimoine propre. Ont également fait valoir les difficultés de preuve du droit de propriété

---

<sup>1</sup> Pierre Mousseron « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

<sup>2</sup> Alors même que la jurisprudence lui appliquait le régime des immunités familiales.

<sup>3</sup> CA Paris, 12<sup>e</sup> chambre

<sup>4</sup> Cass. Crim. 3 août 1901

<sup>5</sup> Pierre Mousseron « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

<sup>6</sup> R. Merle et A. Vitu *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. Vitu, Cujas, 1982, t.2, p. 1833, n°2246

dans un contexte familial<sup>1</sup>, or toujours selon P. MOUSSERON, le droit du divorce et celui des successions triomphent bien de ces difficultés alors pourquoi cela serait-il une tâche impossible pour le droit pénal ? Enfin, c'est en référence au « repos des familles »<sup>2</sup>, au « secret des familles » que les immunités familiales se sont vues justifiées, celles-ci permettant alors de « laver le linge sale en famille »<sup>3</sup>.

Pour P. MOUSSERON en revanche, « la justification la plus exacte pourrait tenir à un souci de décence<sup>4</sup>, visant à éviter un "déballage" de problèmes familiaux que ne justifieraient pas la protection des intérêts financiers en cause »<sup>5</sup>. Dans la même logique, le régime des immunités familiales sert, selon J. AMAR, à éviter une résolution pénale des conflits de la vie conjugale.

Concernant leurs effets, les immunités familiales en matière d'atteintes aux biens peuvent être qualifiées selon la distinction du professeur Ch. BOLZE<sup>6</sup> reprise par P. MOUSSERON, « d'immunité irrecevabilité » (en opposition avec les immunités irresponsabilité<sup>7</sup>). Ainsi, ces immunités irrecevabilité ne peuvent être assimilées à des faits justificatifs. Contrairement à ces derniers elles ne suppriment pas le caractère illicite de l'acte, mais permettent simplement de faire obstacle aux poursuites pénales. Il y a donc en cas d'immunité familiale-irrecevabilité des poursuites civiles possibles et le maintien d'une infraction. Elles agissent *in personam*.

C'est en référence à l'action publique que l'immunité familiale va manifester ses effets puisqu'elle constitue une « fin de non-recevoir à l'action publique »<sup>8</sup>. Elles s'analysent donc juridiquement comme des exceptions à la recevabilité de l'action pénale, mais sans aller jusqu'à faire disparaître les infractions commises<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> W. Jeandidier, *Juris-Classeur pénal*, art. 311-1 à 311-16, n° 90

<sup>2</sup> Rapport de M. J.J Hyest présenté le 12 décembre 1991 au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, p.24

<sup>3</sup> J. Amar « PACS et immunités familiales » *Droit pénal* octobre 2000 p.4

<sup>4</sup> J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1995, p.536, n° 777

<sup>5</sup> Pierre Mousseron « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

<sup>6</sup> Le professeur Ch. Bolze distinguait entre les « immunités juridictionnelles » (qui sont dénommées par P. Mousseron les immunités irrecevabilité) qui interdisent simplement la voie pénale à la victime et les « immunités justificatives » (qui sont dénommées par P. Mousseron les immunités irresponsabilité) qui, seules, suppriment le caractère délictueux de l'acte. Ch. Bolze, « *Le refus d'informer : une sanction exceptionnelle en procédure pénale* », RSC 198p. 311

<sup>7</sup> Immunités que nous développons infra (Partie II, Chapitre II, Section I)

<sup>8</sup> R. Merle et A. Vitu *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. Vitu, Cujas, 1982, t.2 p. 1845, n° 2246

<sup>9</sup> Y. Mayaud *Droit pénal général* 2<sup>ème</sup> éd. 2007 p. 441

Concernant le co-auteur de l'infraction, ce dernier ne peut bénéficier de l'immunité touchant l'auteur, puisqu'il a une responsabilité pénale propre<sup>1</sup>. De même, le complice se voit appliquer la même solution depuis la nouvelle rédaction de l'article 121-6 du code pénal qui dispose : « *Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7* ». En effet, si la criminalité d'emprunt demeure (ce qui permettait jusqu'en 1992 de faire bénéficier le complice le l'immunité familiale visant l'auteur), le législateur a expressément mis fin à la pénalité d'emprunt puisque la peine du complice est désormais détachée de celle de l'auteur. En conséquence, le complice doit être sanctionné « comme auteur » nonobstant le fait que l'auteur principal ne puisse pas être poursuivi ou puni en raison de son immunité familiale<sup>2</sup>.

Il convient également de préciser que même si l'immunité familiale fait obstacle à ce que l'infraction soit poursuivie pénalement au titre d'infraction principale, elle ne peut empêcher en revanche que cette même infraction soit retenue comme circonstance aggravante d'une autre infraction<sup>3</sup>.

Enfin, une action en responsabilité civile ou en revendication pourra toujours être intentée contre l'auteur des faits. Ainsi lorsqu'une personne s'approprie un bien appartenant à son conjoint, ce dernier ne pourra qu'intenter une action en responsabilité civile.

Cependant cette privation de recours à la voie pénale engendrée par l'immunité familiale, doit être nuancée par un certain nombre de règles venant encadrer la vie commune ainsi que la séparation et découlant du mariage. Selon J. AMAR, les régimes matrimoniaux agissent comme des remparts à la pénalisation de la vie conjugale.

Tout d'abord, tous les régimes matrimoniaux ont un droit commun constituant un impératif de base qui permet entre autres d'éviter que le conjoint dispose indûment d'un bien.

Il en est ainsi de l'article 215 alinéa 3 du code civil en vertu duquel le consentement des deux époux est nécessaire afin de disposer du logement de la famille et des meubles meublants garnissant le logement, ou encore de l'article 220 du code civil, qui limite la solidarité aux seuls contrats ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. De même,

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 25 mars 1945

<sup>2</sup> Pierre Mousseron « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

<sup>3</sup> Cass. Crim 17 février 1944

l'article 1421 du code civil encadre l'éventuelle commission d'abus de confiance au sein du couple marié<sup>1</sup>.

De plus, la commission par l'un des époux d'une infraction couverte par l'immunité familiale peut également trouver une expression juridique dans la constitution d'un divorce pour faute. Toujours selon J. AMAR, le divorce constitue ainsi la sanction du comportement de l'époux délinquant, sanction qui peut être complétée par l'attribution de dommages et intérêts.

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

## **II – Les immunités familiales : une prise en compte relative du couple**

Comme nous venons de le démontrer, le couple peut être pris en compte par le droit pénal afin d'empêcher la répression de certaines infractions. Cependant cette appréhension est doublement limitée : concernant le domaine d'application des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens et concernant les personnes visées par ces immunités. L'étude de ces limites permet de mettre en lumière comment le droit pénal qui est au cœur de la vie sociale, se doit de s'adapter aux évolutions de celle-ci (A). Cela permet également d'opérer une nouvelle confrontation entre le droit pénal et le droit civil (B).

### ***A- Un droit pénal en accord avec les évolutions sociétales***

Afin de démontrer en quoi le droit pénal s'adapte aux évolutions de la société, il convient à nouveau d'évoquer la loi n° 2006- 399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple et commises sur les mineurs. En effet comme nous l'avons largement démontré *supra*, cette loi a eu pour objectif de s'attaquer aux

---

<sup>1</sup> La première chambre civile de la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 16 mars 1999, que l'époux qui a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et de disposer à sa guise des deniers communs est tenu d'une obligation d'information à l'égard de son conjoint en cas de liquidation de la communauté pour tout ce qui concerne l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté.

violences familiales avec un dispositif axé à la fois sur la prévention et la répression et touchant plusieurs branches du droit. Fort de cet objectif, le législateur a tiré les conséquences qui s'imposaient en matière d'immunité familiale et inséré un dernier alinéa à l'article 311-12 rédigé comme tel : « *Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le vol porte sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiements* »<sup>1</sup>.

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> Article 9 de la loi du 4 avril 2006

## ***B- Un droit pénal hermétique aux évolutions du droit civil***

Comme nous l'avons démontré précédemment, il résulte de la lettre même de l'article 311-12 du code pénal, une application circonscrite de l'immunité familiale au couple marié.

L'immunité ne s'applique en effet qu'au conjoint (sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément) et le juge refuse toute application au concubin et au partenaire d'un PACS.

Alors même qu'en matière de violences et d'agressions sexuelles entre époux, le législateur a adopté une conception unitaire du couple, ne faisant aucune différence entre les régimes instaurés par le droit civil (mariage, concubinage et PACS), il convient de s'interroger sur les motivations l'ayant poussé à agir différemment en matière d'immunité familiale.

Cette interrogation est d'autant plus légitime que, comme nous le verrons *infra*, les concubins et les pacsés se voient appliquer le régime des immunités familiales en matière d'atteintes à l'autorité publique depuis 2002.

Pourquoi donc une telle différence ? Résulte-t-elle d'une volonté ou d'une omission du législateur ?

Si l'on s'attarde sur l'étude de ces immunités familiales, apparaissent des motivations tout à fait valables qui viennent expliquer cette absence d'uniformité.

Ainsi Jacques AMAR a-t-il montré pourquoi le PACS ne peut entrer dans le champ d'application des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens<sup>1</sup>.

Depuis son entrée en vigueur (loi du 15 novembre 1999), le PACS tient lieu de « mariage de seconde catégorie »<sup>2</sup>. En effet, l'objet de ce contrat est « l'organisation de la vie commune », les prohibitions qu'il impose sont identiques à celles existantes en matière de mariage et nombre de ses dispositions sont d'ordre public, telle que la condition relative à la vie commune ou celle relative à l'aide mutuelle ou matérielle que les partenaires doivent s'apporter<sup>3</sup>, ce qui permet de faire un parallèle avec les obligations résultant du mariage<sup>4</sup>.

Face à une telle similitude J. AMAR commence par s'interroger lui-même sur les raisons qui ont poussé le législateur à ne pas étendre les dispositions relatives à l'immunité familiale aux Pacsés.

---

<sup>1</sup> J. Amar « PACS et immunités familiales » Droit pénal octobre 2000 p.4

<sup>2</sup> J. Amar « PACS et immunités familiales » Droit pénal octobre 2000 p.4

<sup>3</sup> Article 515-4 du code civil

<sup>4</sup> Article 214 et 215 du code civil

Selon lui, la réponse réside dans la différence qui subsiste entre le régime patrimonial du PACS et le régime matrimonial. Comme nous l'avons montré supra, c'est en partie parce que le droit civil prend le relais, par le truchement du régime matrimonial, que le droit pénal se retire via les immunités familiales. Mais J. AMAR de préciser, « comparativement, le régime patrimonial du PACS n'est pas aussi protecteur qu'un régime matrimonial. Aussi, la protection de la partie faible au sein de ce contrat justifie que celle-ci puisse saisir le juge pénal en cas de problèmes et exclut que ses signataires soient couverts par le régime des immunités irresponsabilité »<sup>1</sup>.

Ainsi à titre d'exemple, alors que dans le mariage elle ne s'applique qu'à certains contrats<sup>2</sup>, la solidarité est la règle en matière de PACS. Mais surtout, il existe une présomption d'indivision (sauf aménagements contractuels) qui pèse sur les meubles meublants acquis postérieurement à la conclusion du pacte.

En matière de PACS, c'est donc au droit pénal qu'il revient de dénouer les situations conflictuelles. On retrouve à nouveau la dimension complémentaire du droit pénal et du droit civil : le premier ne se retire pas en matière de Pacs (comme il le fait en matière de mariage) parce que dans de ce domaine le droit civil n'assure pas le relais.

Le même raisonnement peut être observé a fortiori pour le concubinage.

Nous verrons cependant qu'il n'en va pas de même en matière d'immunité irrecevabilité.

## **Section 2 – Le couple, un facteur indifférent à la constitution de l'infraction**

L'existence d'un couple peut constituer, comme nous venons de le voir, un obstacle à la sanction d'une infraction, le droit pénal se retirant afin d'offrir une protection à l'un des membres du couple, auteur des faits délictueux. Mais il arrive également que le droit pénal fasse sciemment abstraction du lien unissant les membres d'un couple à des fins répressives. Ainsi tant en matière de proxénétisme (I) qu'en matière d'atteintes à la vie privée (II), le fait que l'infraction soit réalisée au sein d'un couple ne constitue pas un obstacle à l'application de la loi pénale.

---

<sup>1</sup> J. Amar « *PACS et immunités familiales* » Droit pénal octobre 2000 p.4

<sup>2</sup> Contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants

## **I- Le proxénétisme, un délit applicable au sein du couple**

Alors même que le droit civil connaît certaines règles qui auraient pu faire douter de la possibilité qu'un tel délit puisse se réaliser au sein d'un couple, le droit pénal fait fi de ces dispositions civiles à des fins de protection et de répression (A), marquant par là une certaine autonomie (B).

### ***A- Une application à des fins de protection et de répression***

Une fois encore, l'étude du proxénétisme et de sa répression nous place sur le terrain très sensible des pratiques sexuelles et de la liberté sexuelle des individus, domaine qui est très largement protégé au niveau interne comme au niveau communautaire ou international au nom des libertés individuelles. Ainsi, en dehors de quelques dispositions destinées à protéger les mineurs de moins de quinze ans, le législateur n'intervient pas (ou très peu<sup>1</sup>) afin de sanctionner les comportements ou pratiques sexuelles des individus. Une quasi-liberté est donc reconnue aux majeurs consentants quant à leur vie sexuelle. Ainsi ne sont pas incriminées en tant que telles l'homosexualité ou la prostitution. Cette dernière est même considérée par la Cour de justice des communautés européennes comme une activité économique au sens du droit communautaire<sup>2</sup>, et les prostituées percevant des bénéfices non commerciaux par le fruit de leur travail sont imposées sur leurs revenus. Cette liberté connaît néanmoins des limites par le truchement des incriminations de racolage (article 225-10-1 du code pénal) ou d'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui (article 222-32). En revanche, le législateur punit très sévèrement le délit de proxénétisme, que ce soit par la diversité de l'élément matériel, le montant des amendes ou les peines complémentaires.

Le délit de proxénétisme est incriminé aux articles 225-5 et suivants du code pénal, dans le chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne. L'article 225-5 définit les actes constitutifs de proxénétisme (punis de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende) et l'article 225-6 les actes qui lui sont assimilés (punis des mêmes peines). Il convient de préciser que ces articles font référence à la « prostitution » d'autrui, définie par

---

<sup>1</sup> Principalement en matière de viol, d'agression sexuelle entre conjoints, d'inceste, ou de pratiques sexuelles entraînant des atteintes à l'intégrité physique (CEDH du 19 févr. 1997, Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni - CEDH 17 févr. 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique - Cass. crim. 2 déc. 2009, n° 09-82447).

<sup>2</sup> CJCE 20 novembre 2001, D. 2002 p.2144 « *L'activité de prostitution exercée à titre indépendant : une activité économique au sens du droit communautaire* » S. Retterer

la Cour de cassation comme l'existence de « *contacts physiques de quelque nature qu'ils soient* », contacts offerts contre rémunération<sup>1</sup>. La Cour n'exige pas de rapports sexuels mais seulement que les actes incriminés tendent à satisfaire les besoins sexuels d'autrui.

Le délit de proxénétisme peut trouver à s'appliquer au sein d'un couple par chacun des deux articles cités *supra*. Ainsi l'article 225-5 2°<sup>2</sup> prévoit que le proxénétisme est le fait « *de tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution* » et l'article 225-6 3°<sup>3</sup> assimile au proxénétisme le fait « *de ne pouvoir justifier de ressources correspondantes à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relation habituelle avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution* ».

La lettre même des articles 225-5 2° et 225-6 3° n'exclue pas les conjoints ou les concubins de la prostituée de leur champ d'application, pas plus que ne l'a fait la jurisprudence. Ainsi en 1980, la Cour de cassation reconnaît-elle par deux arrêts (Crim 4 juin et 22 octobre 1980), que les articles 225-5 2° et 225-6 3° peuvent trouver à s'appliquer au sein d'un couple et qu'il n'est pas de sort particulier devant être réservé au mari de la prostituée. Ainsi dans la première affaire, la Cour d'appel<sup>4</sup> avait énoncée que « *l'article 334-3° (nouvel article 225-6 3°), ne s'applique pas à l'époux légitime d'une prostituée mais uniquement à ceux qui cohabitent avec elle sans être unis par les liens du mariage* », mais sa décision fut cassée pour contradiction de motifs par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1980.

Plusieurs remarques peuvent être faites concernant l'application du délit de proxénétisme au sein du couple. Tout d'abord, il convient de préciser concernant le fait de recevoir des subsides d'une personne se livrant à la prostitution ou de cohabiter avec une personne se livrant à la prostitution, qu'une certaine durée et un caractère habituel sont exigés afin de retenir la qualification de proxénétisme<sup>5</sup>. Cela ne fait cependant pas de cette infraction une infraction d'habitude (Crim 29 janvier 1965)<sup>6</sup>.

Par ailleurs, on peut observer que le droit pénal ne fait ici nulle différence entre les différentes formes de couple, l'infraction pouvant être constituée par le mari mais

---

<sup>1</sup> Cass. Crim 27 mars 1996, Bull. n° 138

<sup>2</sup> Ancien article 334-2°

<sup>3</sup> Ancien article 334-3°

<sup>4</sup> cour d'appel de Colmar 25 janvier 1980

<sup>5</sup> Cass. Crim 13 mai 1954, T. Corr. Paris 27 octobre 1976

<sup>6</sup> D. 1965. 288, note Combaldieu

également le concubin de la prostituée. C'est ce qui ressort d'une décision rendue par la Cour de cassation le 18 octobre 1995.

Enfin, la poursuite de cette forme de proxénétisme se trouve entravée par les difficultés de preuve, notamment celle du partage, et à ce titre, le législateur a mis en place des présomptions de profits tirés de la prostitution, qu'il assimile à cette dernière. Ainsi les actes incriminés à l'article 225-6 3° entrent dans ce type de présomptions.

S'il est intéressant d'évoquer la question du proxénétisme au sein du couple, c'est parce que l'admission d'une telle incrimination conduit à s'interroger de la sorte : qu'en est-il de la liberté de se marier, des devoirs relatifs au mariage imposés par le droit civil parmi lesquels le devoir de cohabitation ? Autant de questions auxquelles ont dû faire face les juridictions et dont les réponses illustrent la prééminence de la loi pénale en la matière.

### ***B- Une manifestation de l'autonomie de la loi pénale***

Autant l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant la liberté matrimoniale, que le devoir de cohabitation imposé aux époux à l'article 215 alinéa 2 du code civil, auraient pu faire douter de la possibilité de retenir le délit de proxénétisme entre membres d'un couple.

En effet, les éléments matériels du proxénétisme comme ils sont définis dans les articles 225-5 et 225-6 3° se conjuguent difficilement avec les obligations résultant du mariage, que ce soit le devoir de communauté de vie (« ...*tout en vivant avec une personne qui se livre à la prostitution* » article 225-6 3° du code pénal) ou le devoir de secours (« *aider , assister ou protéger la prostitution d'autrui* » article 225-5 1° du code pénal).

Ainsi, dans l'affaire qui a conduit à la décision de la Cour de cassation rendue le 22 octobre 1980, le Tribunal correctionnel de Strasbourg avait retenu en première instance que le délit de l'article 225-6 3° ne pouvait pas être constitué à l'encontre de l'époux de la prostituée, car cela revenait à poursuivre le mari pour avoir épousé une prostituée. Le sanctionner revenait alors à lui refuser le droit de se marier ainsi qu'à le dénier aux autres prostituées. Il avait fondé son jugement sur le raisonnement selon lequel l'article 12 de la CEDH dispose qu'à partir de l'âge requis, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une

famille, et sur le fait que les prescriptions du code civil imposent aux époux une communauté de vie.

Cependant, comme nous venons de le voir, ces dispositions n'ont pas été de nature à empêcher l'application du délit de proxénétisme au sein d'un couple, et ce alors même que la liberté de se marier est une composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la déclaration de 1789.

Ainsi dans sa décision du 4 juin 1980 la Cour de cassation énonce : « *est justifiée la condamnation pour proxénétisme prononcée contre un homme marié pour avoir accepté de sa femme des sommes d'argent provenant de la prostitution de celle-ci. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait recevoir application, dès lors que la poursuite exercée du chef d'infraction à l'article 334 2° du code pénal ne met pas en cause le droit d'une prostituée de contracter un mariage et celui de son époux de vivre avec elle, mais tend seulement à sanctionner la remise des produits de la prostitution à ce dernier* ».

Cette application de la qualification de proxénétisme au mari ou concubin de la prostituée est une manifestation de l'autonomie de la loi pénale vis-à-vis des prescriptions du droit civil<sup>1</sup>. En effet le droit pénal passe outre les devoirs imposés par le droit civil et certaines libertés individuelles afin d'opérer une application extensive du texte.

Dans son commentaire relatif à cette décision du 4 juin 1980 ROUJOU de BOUBÉE faisait remarquer qu'une prostituée pouvait également être débitrice d'aliments envers ses ascendants qui, dans le besoin et en connaissance de cause, pourraient accepter des subsides de sa part. Il s'interrogeait alors sur la possibilité de poursuivre ces derniers pour proxénétisme et avançait qu'une partie de la doctrine penchait pour une réponse affirmative ne proposant une exception qu'en faveur des enfants de la prostituée.

Ainsi, tant le législateur (par une incrimination très large) que le juge, font en matière de proxénétisme primer le droit pénal au détriment des dispositions civiles, et il convient de s'interroger sur le fondement d'une telle décision.

Il semble qu'à l'origine de cette décision se mêlent des objectifs de répression et de protection. Tout d'abord, comme nous l'avons déjà abordé *supra*, le législateur a pour ambition de réprimer très sévèrement le proxénétisme et l'exploitation de la prostitution d'autrui, dans la mesure où les coupables sont très fréquemment des professionnels de la

---

<sup>1</sup> D. 1981. IR. 143 (2<sup>e</sup> esp.), obs. Roujou de Boubée

délinquance, mais aussi parce que cette forme de délinquance permet de se procurer des fonds nécessaires au financement d'autres infractions<sup>1</sup>. Ainsi a-t-il mis en place un dispositif très complet comprenant des dispositions relatives au proxénétisme direct (proxénétisme proprement dit et proxénétisme par assimilation) et au proxénétisme par fourniture de locaux, associé à une rédaction large des textes visant le plus grand nombre.

Cependant, il semble que dans le cas précis de l'application de ce délit au mari de la prostituée, un autre objectif propre au législateur doit être souligné : la protection d'un des membres du couple.

En effet, la répression du proxénétisme au sein du couple peut entrer dans le mouvement plus global de répression contre les violences commises au sein du couple. Même si les actes constitutifs du proxénétisme ne constituent pas en soi des actes de violences (quoi qu'il puisse en résulter une forme de violence morale), nous avons déjà évoqué *supra* le fait que les violences au sein des couples prennent souvent naissance sur des terrains sensibles tels que l'affaiblissement, la dépendance économique, la violence morale..., autant de situations qui peuvent découler du proxénétisme. Lutter contre toutes les formes de proxénétisme au sein des couples, c'est donc aussi lutter contre la mise en place de situations propices au développement des violences.

Le proxénétisme est donc un délit qui est entendu très largement et qui peut trouver à s'appliquer au sein d'un couple à des fins de protection de l'un de ses membres.

## **II- Des délits en matière d'atteinte à la vie privée applicables au sein du couple**

Tout comme le proxénétisme, certaines infractions relatives à la protection de la personnalité et plus précisément à la protection de la vie privée sont applicables au sein d'un couple, alors même qu'il était possible d'en douter, de par l'existence des liens qui unissent les membres d'un couple. Sont ainsi visées l'atteinte au secret des correspondances (A) et la violation de domicile (B).

---

<sup>1</sup> M. Véron *Droit pénal spécial* p. 151

## **A- La violation du secret des correspondances dans le couple**

Une fois établi que l'atteinte au secret des correspondances pouvait trouver à s'appliquer au sein du couple (1), il est intéressant de s'interroger sur les raisons ayant justifié une telle application (2).

### **1) Le principe**

L'atteinte au secret des correspondances est incriminée à l'article 226-15 du code pénal. Cet article est lui-même divisé en deux alinéas, l'un concernant les correspondances matérielles (alinéa 1) et l'autre les correspondances électroniques (alinéa 2). La loi vise aujourd'hui sous la dénomination « atteinte au secret des correspondances » des procédés très divers tels que : l'ouverture, la suppression, le retard, le détournement, la prise de connaissance frauduleuse ou encore, l'interception, la divulgation, l'utilisation...et peu importe qu'aucune atteinte n'ait réellement été portée au secret<sup>1</sup>.

Par cette incrimination la loi vise plutôt à réprimer « tous les agissements malveillants de nature à priver, même momentanément, de leurs correspondances, ceux qui en ont été les destinataires véritables » (Crim 9 février 1965, *Bull.* n° 39).

Ainsi la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître qu'un mari pouvait être condamné du chef de violation de correspondance, pour avoir porté atteinte au secret des correspondances de son épouse.

Il convient tout d'abord de rappeler que depuis la modification de l'article 213 du code civil<sup>2</sup> par les lois des 18 février 1938 et 22 septembre 1942, le droit de contrôle précédemment reconnu au mari sur la correspondance adressée à son épouse n'existe plus. Ainsi depuis plus d'un demi-siècle, la jurisprudence estime que le mari n'a pas le droit d'ouvrir le courrier de sa femme<sup>3</sup>.

C'est par une décision du Tribunal correctionnel de la Seine du 16 mars 1961 que la jurisprudence va reconnaître qu'un mari, qui a conservé et refusé de remettre à son épouse une correspondance lui étant adressée, se rend coupable d'une atteinte au secret des

---

<sup>1</sup> Crim 9 février 1963 : rétention par une concierge sans prise de connaissance du contenu

<sup>2</sup> Article 213 du code civil : « *les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ».

<sup>3</sup> Grasse, 18 oct. 1944, *Gaz. Pal.* 1944.2.138 ; Crim. 5 fév. 1958, *Bull. crim.* n° 213, *JCP* 1958.II.10580, note Larguier

correspondances. Ainsi le tribunal considère que s'il peut être excusable d'avoir ouvert la correspondance par mégarde, l'époux ne l'est plus et doit être considéré comme étant de mauvaise foi, à partir du moment où il a refusé de la remettre à son destinataire, le propre de la correspondance étant d'être secrète et confidentielle. De plus, il est important de souligner que conformément au principe général de droit pénal, le mobile auquel l'époux ou l'épouse a obéi n'est pas susceptible d'être pris en considération pour écarter sa mauvaise foi. Celle-ci résulte suffisamment de la volonté délibérée que l'auteur des faits a manifestée en s'appropriant le texte de la correspondance pour en tirer profit et sur lequel il n'avait aucun droit.

L'intérêt principal de ce jugement de 1961 a été de préciser que le délit d'ouverture et de suppression des correspondances n'est pas assimilable au vol, il s'agit d'un délit distinct pour lequel l'immunité prévue entre époux par l'article 380 du code pénal (nouvel article 311-12) n'est pas applicable.

Cette décision fut confirmée par des jurisprudences postérieures<sup>1</sup>, rappelant que le délit de l'article 226-15 réprime les agissements susceptibles de priver définitivement ou momentanément les destinataires des correspondances qui leur sont adressées.

Un autre arrêt rendu par la chambre criminelle le 15 mai 1990 permet également de nous renseigner sur l'élément moral de l'incrimination. Ainsi dans cet arrêt, la Cour de cassation casse une décision de relaxe de cour d'appel. Elle constate que l'époux ayant conservé volontairement la lettre qui ne lui était pas destinée afin de la produire ensuite au cours de la procédure de divorce, il était contradictoire d'avoir affirmé sa bonne foi et nié son intention de s'emparer des renseignements contenus dans la lettre.

Il y a donc des limites à l'atteinte au secret des correspondances entre époux. Cette dernière ne peut être constituée que si l'époux en cause est de mauvaise foi.

Enfin, nous pouvons préciser que si une telle incrimination est applicable entre personnes unies par les liens du mariage elle l'est a fortiori entre titulaires d'un PACS ou entre concubins.

---

<sup>1</sup> Tribunal correctionnel de la Seine 25 mai 1963 ou encore Douai 14 février 1995

## 2) La justification

S'il est intéressant de s'interroger sur l'atteinte au secret des correspondances entre membres d'un couple, c'est parce qu'à l'image du proxénétisme, la définition même du couple, les devoirs qui lui sont attachés et l'idée de communauté qu'il évoque, pouvaient faire douter de son application.

En effet, si chacun des époux dispose aujourd'hui de nombreuses libertés individuelles venant tempérer l'union imposée par le droit et si le mari n'a plus aucun droit de regard sur les correspondances de son épouse, le mariage évoque tout de même une certaine communauté, assistance, union...qui peuvent paraître en contradiction avec l'application du délit d'atteinte au secret des correspondances.

De même, un tel délit paraît mal se combiner avec l'immunité concernant le vol entre époux. Ainsi, l'existence parallèle de l'incrimination d'une part, et de l'immunité d'autre part, peut conduire à des décisions pour le moins surprenantes sur le plan factuel alors que tout à fait valables sur le plan juridique.

Ainsi en est-il de la décision du tribunal correctionnel de la Seine du 25 mai 1963. En l'espèce, les conditions dans lesquelles une femme était entrée en possession d'une lettre litigieuse adressée à son mari demeuraient inconnues. A ce titre, l'épouse n'avait pas été condamnée par le tribunal car s'il était possible qu'elle se soit emparée de la lettre avant que celle-ci n'ait été remise à son mari (ce qui constitue une atteinte au secret des correspondances), il se pouvait également que, comme elle l'affirmait, elle en ait pris possession ultérieurement, ce qui alors constitue un délit de vol couvert par l'immunité familiale de l'article 311-12 du code pénal.

Ainsi l'époux ou l'épouse qui souhaite prendre frauduleusement connaissance d'une correspondance adressée à son conjoint a plus intérêt à la voler une fois celle-ci remise à son destinataire qu'à l'intercepter.

De telles situations sont loin d'être anecdotiques, l'atteinte au secret des correspondances entre époux visant quasi exclusivement les cas de divorce où l'un des époux se sert de la correspondance de l'autre au cours de la procédure afin d'établir des preuves...

Il est donc question derrière cette incrimination de considérations relatives à la protection de la vie privée, à la liberté individuelle mais également à la loyauté des débats, à la recevabilité des preuves...

Ainsi de façon générale, l'application de l'atteinte au secret des correspondances vise à protéger la vie privée de chacun des membres du couple, mais également les libertés individuelles de chacun (libertés de plus en plus mises en avant face aux devoirs résultant de l'union matrimoniale : liberté corporelle, spirituelle, affective, professionnelle...), ainsi que la confiance dans les correspondances et la liberté d'expression. Autant de libertés qui doivent être respectées même entre conjoints, Pacsés ou concubins.

Mais comme nous l'avons souligné, cette incrimination appliquée au couple tient également une place importante dans la mise en place d'un système de preuves original, nécessaire en matière de divorce, devant préserver à la fois la possibilité de prouver des faits intimes (ex : immunité en matière diffamatoire pour les écrits produits en justice<sup>1</sup>) et la protection de la vie privée des époux.

Des limites telles que celles imposées par l'incrimination d'atteinte au secret des correspondances sont nécessaires dans des contentieux comme ceux relatifs au divorce, contentieux qui souvent : « sont le vecteur de toutes les bassesses, mesquineries, chantages ou comportements déloyaux dont l'humain est capable »<sup>2</sup>.

Il est intéressant de remarquer cependant, que dans un arrêt rendu le 17 juin 2009, la Cour de cassation après avoir rappelé le principe de la liberté de preuves en matière de divorce, a estimé que la production en justice par l'épouse d'un SMS reçu sur le téléphone portable professionnel de son mari ne pouvait pas être écartée au seul motif allégué du secret des correspondances ou d'une atteinte illicite à la vie privée, dès lors qu'il n'était pas établi qu'il avait été obtenu par violence ou par fraude, seuls motifs prévus par l'article 259-1 du code civil.

En l'espèce, il appartiendra à la cour d'appel de renvoi d'examiner les conditions dans lesquelles l'épouse a pu consulter et reproduire un SMS reçu par son époux sur son

---

<sup>1</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 avril 2004

<sup>2</sup> L. Gebler, « La production et la communication des pièces » AJ famille 2009 p. 368

téléphone professionnel et, le cas échéant, d'écarter la pièce litigieuse en cas d'obtention frauduleuse<sup>1</sup>.

### ***B- La violation de domicile applicable au domicile conjugal***

C'est l'article 226-4 du code pénal qui incrimine la violation de domicile commise par un particulier. Ainsi l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvre, menace, voie de fait ou contrainte, hors des cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Comment une telle infraction peut-elle être constituée par l'un des membres du couple concernant le domicile conjugal ? Et ce d'autant plus que la notion de domicile est définie par la Cour de cassation comme le lieu « où une personne a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux »<sup>2</sup>. Comme le souligne Y. MAYAUD, cette définition ne signifie pas que le domicile soit indépendant du moindre titre de jouissance, mais l'absence d'un tel titre n'est pas en soi privative de protection et c'est ce qui confère à la notion de domicile toute son originalité en droit pénal. Ainsi, en droit pénal, la notion de domicile ne repose pas exclusivement sur la constatation d'un préalable juridique correct, mais intègre également certaines situations de fait comme étant caractéristiques du droit de se dire chez soi<sup>3</sup>. Mais dans les faits, comment l'un des membres du couple pourrait-il se voir condamner sur le fondement de l'article 266-4 du code pénal pour s'être introduit ou s'être maintenu dans le domicile conjugal, alors même que le mariage impose un devoir de cohabitation ? (« *Les époux vivent sous le même toit, partagent la même vie, le même pain* »<sup>4</sup>). La même question se pose pour les concubins ou les partenaires d'un PACS car même si depuis la loi du 11 juillet 1975 ils peuvent avoir un domicile distinct (à condition que cela ne porte pas atteinte aux règles relatives à la communauté de vie), les partenaires s'engagent à une « vie commune ainsi qu'à l'aide matérielle et une assistance réciproque » (article 515-4 du code civil) et les concubins « vivent de façon stable et continuent une vie commune » (article 515-8 du code civil).

---

<sup>1</sup> L. Gebler, « La production et la communication des pièces » AJ famille 2009 p. 368

<sup>2</sup> Cass. Crim. 26 fév. 1963 Bull. crim. n°92 ; Cass. Crim. 4 janvier 1977, Bull. crim. n°6 ; Cass. Crim. 13 octobre 1982...

<sup>3</sup> Y. Mayaud « *Perte et violation de domicile conjugal* » RSC 1997 p. 382

<sup>4</sup> C. Renault Brahinsky, *Droit de la famille*, Gualino 2006

Il est évident que la question de la violation de domicile entre membres du couple se pose lorsque le couple connaît des difficultés, des conflits, une séparation ou que certaines dispositions ont déjà été prises par l'un des membres du couple concernant le domicile conjugal. Cela explique pourquoi, dans certaines situations, la jurisprudence a retenu qu'une violation du domicile conjugale par l'un des membres du couple pouvait être constituée.

Ainsi, il est plusieurs hypothèses où l'un des deux époux peut se voir reprocher une telle infraction. Tout d'abord, une fois le divorce prononcé, le domicile qui a été conservé par l'un des ex-époux bénéficie de la protection édictée par l'article 226-4 du code pénal, quels que soient par ailleurs les droits que l'autre ex-conjoint ait à faire valoir sur ledit domicile<sup>1</sup>. Mais il n'est pas nécessairement besoin qu'un divorce ait été prononcé. Ainsi, dans un arrêt du 6 novembre 1996, la Cour de cassation a décidé que l'attribution du domicile conjugal à l'un des époux par ordonnance de non-conciliation (dont l'exécution provisoire n'avait pas été suspendue) bénéficiait de la protection de la loi au sens de l'article 226-4 du code pénal sans qu'il soit nécessaire, pour l'époux bénéficiaire du logement, de recourir au préalable à une procédure d'expulsion à l'encontre de son conjoint qui, ayant connaissance de la décision, s'est maintenu dans les lieux.

Cette décision mérite que l'on s'y attarde tant les faits de l'espèce invitent à s'interroger sur l'opportunité de la décision rendue par la Cour de cassation. En l'espèce, à la suite d'une ordonnance entre époux, une date avait été fixée à laquelle l'épouse devait quitter le logement attribué à son conjoint. L'épouse en question n'avait pas respecté cette date et avait continué à vivre au domicile de son mari, ce dernier ne semblant pas émettre d'opposition. Mais lors d'un déplacement qu'ils réalisaient ensemble, le mari est revenu au domicile afin de rendre les lieux inaccessibles, ce à quoi l'épouse a répondu en commettant plusieurs infractions avant de se barricader à l'intérieur du domicile, se voyant ainsi condamnée pour violation de domicile conjugal. La demanderesse entendait faire ressortir dans son pourvoi que le critère de la violation de domicile tient moins aux fondements juridiques de l'occupation qu'à la réalité de celle-ci, réalité en l'espèce vécue par les deux époux, et que, bien qu'ayant perdu le titre d'occupation du domicile, elle avait encore le droit de se dire chez elle, un droit fondé sur une jouissance non dénoncée par son mari. La réponse de la Cour fut celle que l'on connaît (énoncée *supra*), cette dernière refusant par ailleurs de reconnaître la notion de domicile de transition alors même que cette notion

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 16 avril 1959, Bull. crim. n° 233

bénéficie au locataire qui, bien qu'expulsé d'un logement, conserve son domicile jusqu'à l'exécution de la décision d'expulsion<sup>1</sup>.

Il est une autre hypothèse pouvant être à l'origine d'une violation de domicile conjugale, résultant du dispositif complet sur l'éloignement du domicile du couple de l'auteur de violences (dispositif mis en place par la loi du 12 décembre 2005 et renforcé par la loi du 4 avril 2006). Ainsi comme nous l'avons déjà développé *supra*<sup>2</sup>, le conjoint auteur de violences peut être contraint de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et le cas échéant de s'abstenir d'y paraître ou de paraître aux abords immédiats de celui-ci<sup>3</sup>. Il peut se voir condamner pour violation de domicile s'il ne respecte pas cette injonction.

Cette référence au dispositif pénal d'éloignement du conjoint violent nous permet d'évoquer la situation du partenaire d'un PACS et du concubin en matière de violation du domicile. Le dispositif civil d'éloignement du conjoint violent ne faisant référence qu'au couple marié et non au concubin ou partenaire d'un PACS, il ne pouvait avant 2006 y avoir de violation de domicile entre concubins ou Pacsés qui n'avaient pas mis un terme à leur union (la loi du 4 avril 2006 est celle qui étend aux concubins et titulaires d'un PACS le bénéfice du dispositif pénal établi en 2005). Ainsi Françoise ALT-MAES fait-elle remarquer dans son étude sur le PACS à l'épreuve du droit pénal, que contrairement aux époux, les Pacsés ne peuvent avoir de résidences séparées. Ils font l'objet d'une obligation de résidence commune empêchant de poursuivre pour violation de domicile le Pacsé qui s'introduirait dans le logement de l'autre ou qui y resterait après avoir été prié de partir.

La solution relative à la violation du domicile du couple est donc unifiée pour les différentes formes de couple, mais uniquement pour ce qui concerne le domicile attribué à l'un des membres du couple suite aux violences qui lui ont été infligées par l'autre.

Il convient enfin de remarquer concernant la violation du domicile appliquée à l'un des membres du couple, que la possibilité d'une telle application a été renforcée par la nouvelle rédaction de l'article 226-4 (ancien article 184) adoptée lors de la réforme du code pénal de 1992. Alors que l'ancien article ne visait que « *l'introduction* », l'article 226-4 vise également le « *maintien* » de ceux qui auraient pu pénétrer de façon licite dans le domicile. Cela permet

---

<sup>1</sup> Cass. Crim 26 juillet 1965

<sup>2</sup> Partie 1, Chapitre 1, Section 1, II, A

<sup>3</sup> Article 138, 17° ; 132-45, 19° ; 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale

la répression du mari qui «s'incruste »<sup>1</sup> au domicile conjugal malgré une décision de justice attribuant ce domicile à son conjoint (Crim. 9 décembre 1998). De même, constitue aux yeux de la jurisprudence une « manœuvre », l'utilisation illicite d'une clé par le mari pour entrer dans l'ancien domicile conjugal attribué à sa femme (Crim. 16 avril 1959). Enfin, il est intéressant de remarquer qu'à nouveau, les mobiles ne peuvent empêcher la constitution de l'infraction ni même la justifier. Ainsi est-il indifférent le fait que le mari ait voulu pénétrer dans le domicile afin de récupérer ses affaires (Paris, 15 décembre 1989), sauf pour lui à avoir obtenu l'accord de l'occupant.

Nous pouvons donc constater que, comme en matière de secret des correspondances, l'incrimination de violation de domicile peut trouver à s'appliquer au sein du couple et ce de manière assez importante. Le droit pénal vient alors arbitrer les situations de crise que peuvent connaître les couples et affiche dans ce but une certaine autonomie, voir suprématie, par rapport au droit civil. Autonomie qui peut trouver son fondement dans la protection de l'un des membres du couple, protection physique, mais également protection de la vie privée et des libertés individuelles.

---

<sup>1</sup> M. Véron, *Droit pénal spécial*, 12<sup>è</sup> éd. p. 200

Le couple ne crée donc pas une sphère englobant deux individus au sein de laquelle le droit pénal n'aurait aucun droit de regard, au sein de laquelle il ne pourrait intervenir. Au-delà de l'intimité formée par le couple qui est plus ou moins encadrée par le droit civil selon les différentes formes de couple, le droit pénal s'immisce afin de protéger entre autres la vie, l'intégrité physique, la dignité ou encore la vie privée.

Mais l'intervention du droit pénal ne se limite pas à cette intrusion dans la sphère du couple. Le droit pénal appréhende également les rapports que peuvent entretenir cette sphère, cette unité créée par le couple, et la société. Il intervient pour régir le rôle, la place que le couple occupe dans la société ainsi que pour faire respecter ce dernier en tant qu'institution.

## Partie 2- Les infractions contre le couple et le droit pénal

Au-delà des relations entre les membres du couple, le droit pénal appréhende également le couple en tant qu'entité, en ce qu'il est un acteur à part entière de la société. Régi par le droit civil, le couple présente le caractère d'une véritable institution qui est également entourée par le droit pénal (**Chapitre 1**). Mais dans la société, le couple apparaît également comme le socle familial que le droit pénal se doit de protéger (**Chapitre 2**).

## ***Chapitre 1 – Le couple : une institution entourée par le droit pénal***

Véritable institution, le couple est donc appréhendé par le droit pénal dans une large mesure. Ce dernier s'ingère ainsi afin de contrôler une institution créée et régie par le droit civil, tant concernant l'utilisation qui en est faite (**Section 1**), que l'image sociale qu'elle renvoie (**Section 2**).

### **Section 1 – Un contrôle relatif à l'utilisation de l'institution**

Il est ici question de contrôler l'utilisation qui est faite du mariage afin de lutter contre le mariage dit simulé, fictif ou encore frauduleux, contracté dans le but d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale. Le législateur a ainsi mis en place des dispositions pénales sanctionnant les membres du couple mais également les tiers, s'octroyant ainsi un droit de regard sur la formation du couple (I). Ce dispositif est néanmoins limité quant au domaine et aux acteurs concernés, et ce notamment parce qu'il a pour vocation de venir au soutien d'un dispositif civil étoffé (II).

#### **I- Un droit de regard du pénal sur la formation du couple**

Il est plusieurs dispositions pénales créant des infractions spécifiques au mariage. Alors que certaines ne sanctionnent que l'un des membres du couple ayant fait un usage abusif de l'institution qu'est le mariage (A), d'autres prévoient également la sanction de tiers ayant pris part à un tel usage (B).

##### ***A – Les infractions qui sanctionnent les membres du couple directement***

Le mariage en droit français repose entièrement sur la notion de consentement. Il renvoie à la notion d'intention matrimoniale, comprise comme la volonté de se prendre pour mari et femme, de se soumettre au statut d'époux et d'obéir aux devoirs qui en découlent. Le mariage simulé, encore dit blanc ou de complaisance, est un mariage contracté en l'absence de toute intention matrimoniale de la part de l'un des époux ou des deux. Les époux ne se

mariant alors pas dans le but d'adhérer à l'institution et de créer une union conjugale, mais dans la seule perspective d'obtenir un avantage lié au mariage : légitimation d'un enfant naturel, obtention d'une libéralité ou d'avantages fiscaux ou sociaux ou encore acquisition d'une nationalité<sup>1</sup>. Les traits distinctifs d'un tel mariage ont été énoncés par la jurisprudence dès 1963 dans l'arrêt *Appieto* (Civ. 1<sup>ère</sup> 20 novembre 1963) où la Cour le définit comme « *un mariage contracté dans le but d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale* ». La question des mariages de complaisance existe depuis longtemps, mais elle a connu un regain d'intérêt suite aux restrictions apportées à l'immigration. Le mariage d'un étranger avec un français ouvrant droit à l'acquisition par voie de déclaration à la nationalité française, et celui avec un résident autorisé ouvrant droit à la carte de résident (au titre du regroupement familial), on a vu se multiplier les mariages blancs à des fins d'acquisition de la nationalité française.

Plusieurs dispositifs ont été mis en place afin de lutter contre cette fraude et on retrouve parmi eux plusieurs dispositions pénales venant plus ou moins directement sanctionner les mariages de complaisance.

Tout d'abord, l'étranger qui se fait délivrer un titre de séjour sur la base d'un mariage simulé avec un français se rend coupable du délit pénal d'obtention indue d'un document administratif destiné à faire la preuve d'une identité ou d'un droit, délit qui est réprimé par l'article 441-6 du code pénal<sup>2</sup>. Le fait de se prévaloir de la fausse qualité de conjoint suffit alors à constituer le moyen frauduleux envisagé par la loi. Le mariage de complaisance peut ainsi être sanctionné sur le fondement des atteintes à la confiance publique en ce qu'il entraîne une délivrance indue d'un document destiné à constater une qualité.

Mais le mariage simulé peut également être sanctionné sur le fondement d'un article qui lui est propre, instauré par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 visant à renforcer la répression pénale des mariages de complaisance. Depuis cette date, il est prévu à l'article L. 623-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) que le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende.

---

<sup>1</sup> A. Benabent *La famille*, 11<sup>e</sup> édition Litec, p. 60

<sup>2</sup> Cass. Crim. 4 novembre 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 357

Le simple fait, de la part des époux, de faire célébrer un mariage de complaisance constitue donc un délit, dès lors que le mariage en question a pour seule finalité l'obtention d'un titre de séjour ou l'acquisition de la nationalité française. L'incrimination prévue à cet article L. 623-1 est très large en ce qu'elle appréhende à la fois l'organisation d'une telle union mais également la tentative d'organisation. Est donc punissable au titre de l'article L. 623-1 du CESEDA, toute personne physique ou morale qui participe sciemment à l'organisation d'un tel mariage<sup>1</sup>. De même, l'époux français peut être sanctionné tout comme peut l'être l'époux étranger. Enfin, les peines prévues par cet article sont sévères (bien que jugées non disproportionnées par le conseil constitutionnel<sup>2</sup>) : jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende ou dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

Enfin, il convient d'évoquer l'article 40 du code de procédure pénale, qui fait obligation à tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs. Appliqué à la procédure de mariage, cet article impose aux officiers de l'état civil une obligation de dénonciation du délit d'entrée ou de séjour irrégulier. Cette dénonciation peut avoir un effet indirect sur le mariage, une mesure de reconduite à la frontière ou une condamnation à une peine d'emprisonnement pouvant faire obstacle à la célébration<sup>3</sup>.

### ***B- Les infractions qui sanctionnent les tiers***

Alors même que le mariage ne concerne que les époux et ne crée des droits et devoirs qu'à leur égard, les tiers peuvent se voir sanctionner pénalement pour des infractions en relation avec la célébration d'une telle union. Il en est ainsi parce que le mariage est une véritable institution dans la société venant régir le socle familial. L'existence du couple va ici conduire le droit pénal à sanctionner des tiers au titre d'infractions spécifiques liées au mariage, dont

---

<sup>1</sup> Voir infra (B)

<sup>2</sup> Cons. Const. 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC : Journal officiel 27 Novembre 2003

<sup>3</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 14 décembre 2000, JCP G 2001, IV, 1258

certaines d'entre elles visent à lutter contre les mariages frauduleux alors que d'autres ont un objectif tout autre.

Tout d'abord, l'officier d'Etat civil qui à l'occasion d'une procédure de mariage acquiert la connaissance d'une entrée ou d'un séjour irrégulier sans pour autant en donner avis au Procureur de la République, peut être sanctionné sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale<sup>1</sup>. De même, concernant la lutte contre les mariages de complaisance à des fins d'acquérir la nationalité française, nous avons évoqué *supra* la mise en place de l'article L. 623-1 du CESEDA visant le simple fait pour un époux de faire célébrer un tel mariage. Est punissable au même titre que les époux, toute personne physique ou morale ayant participé à l'organisation d'un mariage fictif. Les officiers de l'état civil mais également le médecin qui aurait délivré en connaissance de cause un certificat pré-nuptial, les employés de mairie, les témoins... peuvent donc se voir sanctionnés.

Ainsi dans un arrêt du 4 mars 1997<sup>2</sup>, un maire est condamné pour avoir établi l'acte de mariage alors que l'un des conjoints et l'un des témoins manquaient à la prétendue cérémonie.

Les peines prévues par l'article L. 623-1 du CESEDA qui sont de cinq ans d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, sont portées à 10 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

En dehors des infractions visant à lutter contre les mariages fictifs, l'officier d'état civil peut également se rendre coupable de certains manquements spécifiques au mariage et constitutifs d'infractions pénales. Ces manquements sont sanctionnés par des amendes dont le caractère pénal découle du fait que le texte qui les prévoit ne désigne pas le tribunal de grande instance pour connaître des poursuites engagées contre l'officier d'état civil. Ces infractions se trouvent donc soumises au droit commun, les poursuites devant être engagées devant le tribunal de police. Les faits sont donc incriminés dans le code civil mais constituent des infractions pénales.

Il en est ainsi de la célébration par l'officier d'état civil du mariage d'un mineur sans que les consentements exigés par la loi aient été recueillis (article 156 du code civil), ou sans que le dissentiment entre les ascendants ait été constaté après notification du projet de mariage (articles 154 et 157 du code civil). De même est sanctionnée d'une amende pénale la

---

<sup>1</sup> Déjà présenté *supra*

<sup>2</sup> Cass. crim. 4 mars 1997 : juris-Data n° 1997-001653

célébration par l'officier d'état civil d'un mariage dans une commune où aucun des deux époux n'a son domicile ou sa résidence ainsi que la célébration non publique du mariage (articles 165 et 193 du code civil). La célébration en l'absence de publication préalable régulière ou absence de publication est également sanctionnée à l'article 192 du code civil, tout comme, lorsqu'une opposition a été signifiée à l'officier de l'état civil, la célébration du mariage avant que la mainlevée de cette opposition lui ait été remise (article 68 du code civil)<sup>1</sup>.

Enfin, T. REVET en 1987 s'exprimait ainsi : « Sait-on que le prêtre qui célèbre un mariage religieux avant M. le Maire est aujourd'hui passible des Assises ? », en référence aux anciens articles 199 et 200 du code pénal. Ces articles, repris aujourd'hui à l'article 433-21, prévoient en effet que « *Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* ». Cette infraction vise à faire respecter un ordre des cérémonies qui constitue l'aboutissement du processus de laïcisation du mariage français. Ainsi si elle n'est pas exclue, la célébration religieuse est enfermée dans un rôle à tous égards second<sup>2</sup>.

On constate ainsi que de nombreux tiers peuvent se voir sanctionnés pénalement au titre de leurs actions en lien avec une union matrimoniale, les sanctions en question attestant du caractère institutionnel du mariage.

## **II- Une appréhension limitée du droit pénal sur la formation du couple**

L'appréhension par le droit pénal concernant la formation du couple, entendu dans son plus large aspect, reste cependant limitée (B). De plus, il apparaît qu'en la matière, le droit pénal se présente réellement comme le complément d'un dispositif civil très étoffé (A).

---

<sup>1</sup> Jurisclasseur Civil. Fasc. Unique : ACTES DE L'ETAT CIVIL – contrôle, surveillance et responsabilité des officiers de l'état civil. II Responsabilité pénale de l'officier de l'état civil et amendes civiles.

<sup>2</sup> T. Revet « *De l'ordre des célébrations civiles et religieuses du mariage* », JCP G 1987 doctrine n° 3309

## ***A – Le droit pénal en renfort du dispositif civil***

En parallèle des dispositions pénales, le droit civil a élaboré un dispositif visant à lutter contre l'acquisition de la nationalité française par le truchement d'un mariage fictif.

Du code de Napoléon jusqu'à la loi du 10 août 1927 (article 8), le mariage faisait acquérir à la femme étrangère la nationalité française de son mari. En 1927, la loi est devenue plus instable subissant des retournements liés à la politique de l'immigration et la démographie.

Aujourd'hui, le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité (article 21-1 du code civil), mais l'étranger qui épouse un français peut acquérir la nationalité française par voie de déclaration. Les conditions relatives à cette acquisition sont énoncées à l'article 21-2 du code civil, parmi lesquelles figurent notamment un délai de quatre ans à compter du mariage<sup>1</sup>, ainsi qu'une communauté de vie tant affective que matérielle n'ayant pas cessé entre les époux depuis le mariage.

Face au développement des mariages de complaisance, la loi s'est montrée de plus en plus prudente et soupçonneuse. Ainsi la loi du 30 décembre 1993 a-t-elle instauré un nouvel article 175-2 dans le code civil, article qui consacre le droit d'opposition à mariage du procureur de la République<sup>2</sup>. Cet article fut modifié à trois reprises. Tout d'abord, la loi du 26 novembre 2003<sup>3</sup> a prévu que le délai du sursis au mariage qui peut être décidé par le procureur de la République pouvait être renouvelé une fois par décision spécialement motivée (article 175-2 al.3 du code civil). La loi du 4 avril 2006 a par ailleurs ajouté l'article 180 du code civil à la liste des articles susceptibles d'entraîner une saisine du procureur de la République par l'officier d'état civil. Enfin, la loi du 14 novembre 2006<sup>4</sup> a précisé que c'est « sans délai » que l'officier d'état civil devait saisir le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 ou 180 du code civil. On peut tirer de l'article 175-2 du code civil une répartition des compétences entre les différents acteurs en matière d'opposition à

---

<sup>1</sup> Ce délai qui était à l'origine d'un an, a été porté à deux ans par la loi du 26 novembre 2003 puis à quatre ans depuis la loi du 24 juillet 2006.

<sup>2</sup> Article 175-1 du code civil organise une procédure qui confère à l'officier de l'état civil la possibilité de saisir le procureur lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé et prévoit que le parquet, saisi dans ces conditions, dispose d'un délai de quinze jours pour faire opposition au mariage ou décider qu'il sera sursis à la célébration pendant un délai d'un mois à l'expiration duquel, faute d'une opposition du magistrat, le mariage devra être célébré.

<sup>3</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 sur la maîtrise de l'immigration et le séjour des étrangers

<sup>4</sup> Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 sur le contrôle de la validité des mariages

mariage : c'est à l'officier d'état civil qu'il revient d'alerter le procureur de la République ; à ce dernier de décider d'un sursis ou d'une opposition ; et au juge judiciaire, garant des libertés individuelles et donc de la liberté du mariage, de trancher et de prendre la responsabilité d'interdire le mariage<sup>1</sup>.

Outre l'article 175-2 du code civil relatif à la procédure permettant de sanctionner les mariages fictifs, les articles 146 et 180 du code civil énoncent les fondements susceptibles d'entraîner une annulation du mariage de complaisance. Ainsi, l'article 146 prévoit qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Cet article constitue le fondement général de la nullité du mariage de complaisance et la Cour de cassation l'a rappelé en 2003<sup>2</sup> en inscrivant sous le visa de ce texte le principe selon lequel « *Le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale* ». Le fondement de l'article 180 peut également être invoqué afin d'annuler un mariage fictif, cet article visant les cas où le mariage a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, ou lorsqu'il y a eu erreur sur la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne. La nullité peut alors être demandée par les époux eux mêmes ou par l'un d'eux, mais également par le ministère public depuis la loi du 4 avril 2006. La demande en nullité n'est plus recevable à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage<sup>3</sup>. Avant 2003, l'article 190-1 du code civil (issu de la loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration) prévoyait une action en nullité spécifique sanctionnant le mariage célébré en fraude à la loi. Cette action était ouverte à l'époux de bonne foi ainsi qu'au ministère public, mais était enfermée dans un délai d'un an à compter du mariage. Cet article faisant double emploi avec l'article 146 du code civil (qui pouvait toujours être invoqué et qui permettait une action en nullité alors même que l'action était prescrite sur le fondement de l'article 190-1), il a été abrogé par la loi du 26 novembre 2003<sup>4</sup>.

D'autres articles viennent également renforcer la lutte contre les mariages fictifs. Ainsi la loi du 26 novembre 2003 a-t-elle introduit à l'article 63 du code civil, l'exigence d'une audition préalable des futurs époux par l'officier de l'état civil (sauf si cette audition est impossible

---

<sup>1</sup> V. Larribau-Terneyre « *Pas trop de zèle, messieurs les officiers d'état civil* » Dr. Fam. n° 3, mars 2007, comm. 53

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 2003 : Dr. famille 2004, comm. 15, note V. Terneyre

<sup>3</sup> Avant 2006, il y avait une cause d'irrecevabilité de la demande de nullité, tirée de la cohabitation continuée des époux pendant 6 mois à compter du jour où l'époux avait eu connaissance de son erreur.

<sup>4</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 sur la maîtrise de l'immigration et le séjour des étrangers

notamment parce que l'un des deux époux n'a pu obtenir de visa)<sup>1</sup>. Une telle audition permettant de se déterminer sur l'intention véritable des futurs époux, sa mise en œuvre a été facilitée par la loi du 4 avril 2006<sup>2</sup>. Cette loi permet en effet de déléguer à un ou plusieurs fonctionnaires titulaires du service de l'état civil de la commune, le droit de procéder à l'audition commune ou séparée des futurs époux<sup>3</sup>.

Par ailleurs, lorsque les mariages sont célébrés par une autorité étrangère, la loi du 14 novembre 2006 a introduit la nécessité de délivrer préalablement un certificat de capacité à mariage (article 171-2 du code civil). Ce certificat est établi après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente, des prescriptions prévues par l'article 63 du code civil (publications préalables, remise d'un certificat médical et audition préalable des époux).

La loi du 24 juillet 2006<sup>4</sup> met également en place un contrôle en aval, en prévoyant que le mariage célébré à l'étranger doit être retranscrit sur les registres de l'état civil français pour pouvoir être opposable aux tiers. Enfin, on peut noter que la loi du 14 novembre 2006 renforce ce contrôle réalisé en aval relatif à la transcription sur l'état civil français du mariage célébré à l'étranger<sup>5</sup>. Concernant les mariages célébrés à l'étranger, on peut ajouter que l'article 146-1 du code civil impose la comparution personnelle du conjoint français devant l'autorité diplomatique ou consulaire compétente.

Le code civil contient donc de nombreuses dispositions visant à lutter contre les mariages « naturalisant », ces dispositions permettant à la fois un contrôle en amont (respect des conditions de forme, audition des époux, opposition au mariage...) mais également un contrôle en aval (transcription du mariage, nullité...).

---

<sup>1</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup> 9 janvier 2007

<sup>2</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006

<sup>3</sup> J. Massip « *L'audition des futurs époux avant la célébration d'un mariage et la responsabilité des services de l'état civil* » La semaine juridique Administration et collectivités territoriales n° 43, 22 octobre 2007, 2272

<sup>4</sup> Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 sur le contrôle de l'immigration

<sup>5</sup> 1) Si le mariage a été célébré malgré une opposition du procureur de la République, la transcription ne pourra intervenir qu'après remise par les époux d'une décision de mainlevée judiciaire (art 171-6 du code civil). 2) si le mariage a été célébré en contravention à l'article 171-2, l'autorité diplomatique ou consulaire doit procéder à l'audition commune des époux avant la transcription sauf si la validité du mariage n'apparaît pas en cause (art 171-7 du code civil). 3) si des indices sérieux laissent présumer que le mariage encourt la nullité au titre des articles 184 et 191, l'autorité diplomatique et consulaire doit en informer immédiatement le Ministère public et surseoir à la transcription.

## ***B- Une appréhension limitée quant au domaine et aux acteurs concernés***

Tout d'abord il convient de constater que les dispositions pénales relatives à la formation du couple ne visent que les mariages de complaisance qui ont pour vocation l'acquisition par l'un des deux époux de la nationalité française. Certes, l'article 441-6 du code pénal relatif au faux vise de façon générale « *le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation* ». Mais appliqué au mariage, cet article ne vise que la lutte contre l'acquisition frauduleuse de la nationalité française. De même, l'article L. 623-1 du CESEDA sanctionne tout spécifiquement « *le fait de contracter un mariage ... aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française* ». Ainsi, alors même que les mariages de complaisance peuvent avoir des objectifs autres que l'acquisition de la nationalité française, notamment des avantages patrimoniaux, les dispositions pénales relatives aux mariages fictifs ne visent que les mariages naturalisants. Cette intervention limitée du droit pénal s'explique entre autres par le fait qu'il est à nouveau question ici de la liberté de se marier<sup>1</sup>, liberté garantie par la constitution<sup>2</sup>, la CESDH<sup>3</sup> et la DDHC. En effet, le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, est protégé par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Le droit pénal se doit donc d'être mesuré afin de ne pas heurter ce principe. De plus, il apparaît qu'en matière de formation du couple, le droit pénal vient appuyer le dispositif civil existant. Le droit civil étant à l'origine de l'institution qu'est le mariage, c'est dans ce domaine que se retrouvent la grande majorité des dispositions venant régir sa formation.

Nous avons néanmoins pu observer que le droit pénal s'immisçait également dans la formation du mariage par le truchement d'amendes pénales prévues par le code civil et visant à sanctionner des tiers. En cela le droit pénal vient à nouveau à l'appui du droit civil et

---

<sup>1</sup> Liberté que nous avons déjà évoquée concernant la législation en matière de prostitution

<sup>2</sup> Le Conseil constitutionnel a donné à la liberté du mariage une force constitutionnelle par sa décision du 9 novembre 1999, sur le fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui appartient au préambule de la Constitution de la Vème République. Il la qualifie même, dans la décision du 13 août 1993, comme une liberté fondamentale reconnue à tous les résidents de la République française.

<sup>3</sup> Article 12 sur le droit au mariage

en complément de celui-ci, afin d'imposer le respect des règles relatives à l'institution qu'est le mariage.

L'immixtion du droit pénal dans la formation du couple est donc limitée quant à son domaine, mais elle l'est également quant aux acteurs concernés. En effet, ne sont visés par les dispositions pénales développées *supra*, que les couples mariés. Il n'est donc pas question de dispositions pénales relatives à la formation du pacte de solidarité civile et a fortiori de dispositions pénales relatives à celle du concubinage. Il serait donc plus exact de parler d'un droit de regard du droit pénal sur la formation du mariage plutôt que sur la formation du couple de façon générale.

Cette différence de traitement entre les trois formes de couple s'explique tout d'abord par l'objectif qui sous-tend l'intervention du droit pénal dans la formation du mariage. En effet, le droit pénal s'immisce dans la formation du mariage afin de protéger ce dernier en ce qu'il est une institution. Or, ni le PACS ni le concubinage ne présente cette nature, le premier apparaissant comme un « contrat »<sup>1</sup>, là où le second est qualifié « d'union de fait »<sup>2</sup>. Le droit pénal intervient également afin de lutter contre la pratique des mariages naturalisants, or le PACS ne permet que l'acquisition d'un titre de séjour et le concubinage n'est d'aucun effet pour le concubin étranger. De plus, les amendes pénales prévues par le code civil concernent très spécifiquement le mariage et ne peuvent ainsi faire l'objet d'une extension au PACS ou au concubinage. Il semble donc que sur ce point, la différence de régime entre les différentes formes de couple soit un constat, mais un constat ne devant pas forcément faire l'objet de critiques.

Ceci est d'autant plus vrai que l'affirmation selon laquelle le droit pénal se désintéresse de la formation du PACS se doit d'être nuancée.

En effet, si le législateur, alors qu'il a souligné l'influence du PACS sur le droit du travail, le droit fiscal, le droit de la sécurité sociale... a ignoré les incidences qu'il pouvait exercer sur le droit pénal<sup>3</sup>, ces incidences sont pourtant bien réelles.

Le PACS est un contrat dont les conséquences patrimoniales sont fortes (aide mutuelle matérielle, solidarité) mais qui n'est pas dépourvu d'effets sur les personnes. Ainsi le PACS permet d'obtenir des avantages fiscaux, sociaux, des mutations dans la fonction publique

---

<sup>1</sup> Article 515-1 du code civil

<sup>2</sup> Article 515-8 du code civil

<sup>3</sup> F. Alt-Maes « *Le PACS à l'épreuve du droit pénal* » JCP G n° 48, 29 novembre 2000, I 275

mais surtout l'obtention d'un titre de séjour. En effet, le PACS peut permettre d'entrer dans les bénéficiaires de la délivrance de plein droit de la carte de séjour « vie privée et familiale », qui est une carte de séjour temporaire limitée en principe à un an<sup>1</sup>. La conclusion d'un PACS ne peut cependant être qu'un élément d'appréciation des liens personnels entretenus en France et susceptibles de faciliter l'obtention d'un titre de séjour<sup>2</sup>. On peut néanmoins parler de « pacte de complaisance »<sup>3</sup>, ce dernier pouvant relever du droit pénal au titre de sa conclusion comme au titre de son utilisation. Concernant la conclusion du PACS de complaisance et la présentation de la convention au greffier, F. ALT-MAES explique que cette dernière apparaît alors comme un simple mensonge écrit, qui consiste à se prétendre faussement Pacsé, et qu'elle est susceptible de relever de l'article 441-6 du code pénal qui réprime la personne « *qui se fait délivrer par une administration un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité* »<sup>4</sup>. L'altération frauduleuse de la vérité que constitue un PACS de complaisance peut également constituer un faux sanctionné par l'article 441-1 du code pénal.

Concernant l'utilisation du PACS afin d'escompter un avantage indu, il est également possible de retenir l'infraction d'escroquerie par prise de fausse qualité (il y a bien une fausse qualité puisque les Pacsés ont volontairement omis de satisfaire à la condition de communauté de vie exigée par l'article 515-1 et l'article 515-4 du code civil). Cependant, afin de pouvoir retenir une telle infraction, il est nécessaire que la prise de fausse qualité ait déterminé la remise d'un avantage et entraîné un préjudice.

Si les conditions relatives à l'escroquerie ne sont pas réunies, il est toujours possible de retenir l'article 441-6 du code pénal. Et F. ALT-MAES de préciser que : « le texte s'appliquera chaque fois que les partenaires chercheront à obtenir de l'administration des avantages reconnus par la loi aux Pacsés »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Parmi les bénéficiaires on retrouve les : « *Personne ne vivant pas en état de polygamie, qui n'entre pas dans les catégories ci-dessus ou celles du regroupement familial, mais qui dispose en France de forts liens personnels et familiaux (y compris dans le cadre d'un PACS), sous certaines conditions notamment d'insertion* ». Voir le site Service-Public.fr

<sup>2</sup> Article 12 de la loi du 15 novembre 1999

<sup>3</sup> F. Alt-Maes « *Le PACS à l'épreuve du droit pénal* » JCP G n° 48, 29 novembre 2000, I 275

<sup>4</sup> Ce même article étant applicable comme nous l'avons vu *supra*, aux mariages fictifs.

<sup>5</sup> F. Alt-Maes « *Le PACS à l'épreuve du droit pénal* » JCP G n° 48, 29 novembre 2000, I 275

Il n'existe donc pas d'infractions spécifiques en lien avec la formation du PACS ou du concubinage, mais il est abusif d'avancer qu'en dehors du mariage le droit pénal se désintéresse totalement de cette formation. Le recours aux infractions de droit commun prenant alors le relais afin de procéder à l'appréhension par le droit pénal de la formation du couple entendu largement.

## **Section 2 – Un contrôle relatif à l'image sociale de l'institution**

Le droit pénal appréhende le couple comme acteur de la société en s'octroyant un droit de regard quant à sa formation. Il l'appréhende également par le truchement d'un contrôle qu'il opère quant à la préservation de l'image sociale du mariage. Ainsi le couple face à la société ne peut nuire à l'image sociale de l'institution qu'est le mariage en se plaçant dans un état de polygamie, à défaut de quoi, il peut se voir sanctionner pénalement. Il n'est ici question ni d'atteinte à l'intégrité physique d'un des membres du couple ou d'un tiers, ni d'intention frauduleuse visant à obtenir une qualité ou un droit indu par le mariage, ni encore de préjudice causé à quiconque. Pourtant il s'avère qu'en parallèle du droit civil, le droit pénal prévoit des sanctions à l'égard des époux bigames (I) et il apparaît par ailleurs que ces sanctions sont empreintes d'une certaine sévérité (II).

### **I – La sanction pénale de l'époux bigame**

L'interdiction de la polygamie en France n'est pas des moindres puisqu'elle revêt un caractère d'ordre public. Aussi les rédacteurs du code civil qualifiaient-ils la bigamie de « crime social »<sup>1</sup> et le Doyen CARBONNIER l'interdiction de la bigamie de « clef de voûte de la civilisation européenne »<sup>2</sup>. S'il est évident que cette interdiction constitue le pendant du caractère institutionnel définissant le mariage et du principe monogamique qui en découle, il est néanmoins intéressant de s'intéresser aux origines plus profondes de cette interdiction (A) ainsi qu'à l'infraction elle-même et à ses limites (B).

---

<sup>1</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille* », Dalloz, p. 63

<sup>2</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille* », Dalloz, p. 63

## **A – Les fondements de cette répression**

Etudier les fondements de la répression de la polygamie nous pousse à remonter aux origines, aux motivations qui lui sont associées (1) ainsi qu'à nous tourner vers les dispositions civiles visant elles aussi à lutter contre ce phénomène (2).

### **1) Aux origines de la répression**

Afin de comprendre ces origines il convient de définir ce que l'on entend par les termes de « polygamie » et de « bigamie ». La polygamie désigne la situation dans laquelle une personne dispose au même moment de plusieurs conjoints de même sexe : pour une femme ayant plusieurs maris on parle de polyandrie, pour un homme ayant plusieurs femmes de polygynie. La bigamie se définit donc comme l'état d'une personne qui, engagée dans les liens du mariage, en a contracté un autre avant la dissolution du précédent.

Quant à la monogamie, l'idée la plus communément avancée est qu'elle serait avant tout chrétienne, de la même manière que le mariage polygamique est islamique<sup>1</sup>. Cependant, la monogamie plongeant ses racines dans l'antiquité gréco-romaine<sup>2</sup>, il semble bien que, plus que chrétien, le principe monogamique soit occidental, soit le fait d'une civilisation. Et le Doyen CARBONNIER d'avancer « La profondeur de notre civilisation, c'est le mariage monogamique. L'Islam, avec sa polygamie, fut-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit. De Moscou à New York, la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de civilisation »<sup>3</sup>.

Puis avec le développement de la famille et de ses fonctions économique et sociale, il est apparu que la monogamie occidentale pouvait ne pas trouver sa justification dans les sphères morales ou religieuses, mais plutôt dans celles du bon sens et du bien être de la famille<sup>4</sup>. Ainsi selon ENGELS<sup>5</sup>, le mariage monogamique permettait d'assurer une certaine stabilité au sein de la famille tant sur le plan patrimonial qu'extrapatrimonial (renouvellement biologique des générations, éducation des enfants...). La famille ayant cependant connu une perte successive de ses fonctions, la monogamie n'existerait plus

---

<sup>1</sup> G. Andro « *Bigamie et double ménage* » RTD Civ. 1991 p. 263

<sup>2</sup> Le mariage monogamique fut la norme à travers toute la Grèce et la Rome anciennes

<sup>3</sup> J. Carbonnier « *Terre et ciel dans le droit français du mariage* », Mélanges Ripert, 1950, t. I, p. 342

<sup>4</sup> G. Andro « *Bigamie et double ménage* » RTD Civ. 1991 p. 263

<sup>5</sup> F. Engels *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'état*, Paris, Alfred Costes, 1948

selon ENGELS que pour assurer le besoin d'amour. Ainsi on serait passé d'une *monogamie historique* à une monogamie authentique justifiée par l'amour. Mais la quête hédoniste que connaît aujourd'hui la société conduit à une plus grande variété d'unions et selon G. ANDREO « La bigamie devient alors une tentative parmi d'autres ».

Reste que, alors même que les rapports de couple dérivent de plus en plus vers le domaine des relations privées et que corrélativement, l'ordre public familial diminue, la bigamie demeure vigoureusement sanctionnée. Ainsi l'empêchement à mariage tiré de l'existence d'un mariage précédent a-t-il un caractère bilatéral et absolu<sup>1</sup> et le principe monogamique se situe clairement dans la sphère de l'ordre public<sup>2</sup>.

## **2) Une répression au soutien du dispositif civil**

L'interdiction de la bigamie est donc un principe qui est fermement posé par le droit français et qui trouve son fondement dans l'article 147 du code civil « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». En droit civil cette interdiction se retrouve à la fois sur le plan de la prévention et sur celui de la répression. Tout d'abord le droit civil s'efforce de prévenir la célébration des unions polygames en exigeant, à l'article 70 du code civil, la délivrance d'une copie intégrale récente de l'acte de naissance (si première union il y a, elle est en principe mentionnée en marge de l'acte de naissance). De plus, il autorise largement l'opposition à mariage, opposition qui peut être formée par l'un des futurs époux (article 172 du code civil), par les ascendants (article 173 du code civil) ou le ministère public pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage (article 175-1 du code civil). Si en dépit de telles dispositions visant à rendre la bigamie irréalisable, une telle union a été célébrée, le droit civil la sanctionne par la nullité absolue<sup>3</sup> du second mariage (article 184 à 188 du code civil).

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 24 septembre 2002

<sup>2</sup> Paris, 8 avril 1987, Gaz. Pal. 1987.2. p. 474 note Domingo

<sup>3</sup> CA Grenoble 23 janvier 2001, Dr. fam. 2002, n°54

## ***B – La constitution de l’infraction***

En complément de la sanction civile qu’est la nullité, les époux bigames peuvent se voir sanctionner pénalement. La violation du principe de la monogamie est en effet sanctionnée par l’article 433-20 du code pénal ainsi rédigé : « *Le fait pour une personne engagée dans les liens du mariage, d’en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d’un an d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende* ». Il convient de préciser dès lors qu’en vertu du second alinéa de cet article « *est puni des mêmes peines l’officier public ayant célébré ce mariage en connaissance de l’existence du précédent* ». Ainsi le droit pénal peut conduire à nouveau à la sanction d’un tiers<sup>1</sup>, ce dernier ayant porté atteinte à l’état civil des personnes.

La bigamie suppose avant tout un premier mariage valable et non dissous au moment de la célébration du second. Matériellement, elle est constituée par la célébration sur le territoire français d’un second mariage valable (abstraction faite de la nullité qui résultera de la bigamie). Sur le plan moral, c’est une infraction intentionnelle qui nécessite que l’auteur des faits ait la connaissance du premier mariage et de sa subsistance au moment de la célébration du second. Ainsi, la personne qui parvient à prouver qu’elle était de bonne foi au moment du second mariage<sup>2</sup>, ne peut être sanctionnée pénalement.

La bigamie est donc lourdement appréhendée par le droit. Le droit civil s’efforce de la rendre irréalisable et quand bien elle passerait outre cette prévention, elle est réprimée de concert par le droit civil et le droit pénal.

Cependant il convient de nuancer nos propos quant à l’étendue de cette répression. En effet, le droit pénal n’intervient, afin de protéger le principe de monogamie, que lorsque l’union polygame est célébrée en France où lorsque l’un des deux époux est français. Ainsi, si un étranger contracte un second mariage dans un pays qui admet la polygamie et cela en conformité avec son statut personnel<sup>3</sup>, l’article 433-20 ne s’applique pas et le mariage peut même produire certains effets en France, notamment concernant les droits alimentaires<sup>4</sup> et

---

<sup>1</sup> Comme c’est le cas pour le mariage fictif à des fins d’acquisition de la nationalité française ou lorsque certaines conditions de formes ou de fonds relatives au mariage ne sont pas respectées

<sup>2</sup> Qu’elle ignorait le premier mariage ou le pensait dissout

<sup>3</sup> Cad si la loi du pays dont il est ressortissant le permet.

<sup>4</sup> Cass. Civ 1<sup>er</sup> 28 janvier 1958 JCP 1958, II, 10488

les droits successoraux<sup>1</sup>. Ce principe posé par l'arrêt *Chemouni* du 28 janvier 1958<sup>2</sup>, illustre l'application d'un ordre public dit atténué en la matière.

Si le mariage contracté à l'étranger en état de bigamie pour l'un ou les deux époux n'est donc pas obligatoirement nul en France, c'est à la condition que les lois nationales de chacun des deux époux autorisent la bigamie<sup>3</sup>. Reste que, pour qu'un mariage contracté en état de polygamie à l'étranger puisse produire en France les effets cités, encore faut-il que chacun des époux ait un titre lui permettant de résider sur le territoire français. Or l'article L. 411-7 du CESEDA exclut que le bénéfice du regroupement familial puisse profiter à plusieurs époux : « *Lorsqu'un étranger polygame réside en France avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré* ».

Une autre situation est celle où le mariage en état de polygamie est contracté à l'étranger mais où c'est un français qui contracte le second mariage. En tant que français, son statut personnel lui prohibe ce mariage<sup>4</sup>, mais pour ce qui est de l'application du droit pénal, la condition de réciprocité fait défaut, la polygamie n'étant pas réprimée dans le pays où le mariage a été célébré. En effet, l'article 113-6 du code pénal exige pour que la loi française soit applicable aux délits commis par un français hors du territoire de la République, que les faits soient également punis par la législation du pays où ils ont été commis. Il y a donc dans un tel cas des sanctions civiles (le second mariage est nul sur le plan civil) mais pas de sanctions pénales.

Reste enfin la délicate question de la reconnaissance en France du mariage célébré entre deux personnes dont la loi nationale l'autorise, alors que la loi de la première épouse pose une condition de monogamie. Il ressort de la formulation de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 septembre 2002 que la première épouse ne pourrait pas

---

<sup>1</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup> 3 janvier 1980 Rev. Crit. DIP 1980, 331, note Batiffol

<sup>2</sup> Grands arrêt de la jurisprudence française de droit international privé, n° 31.

<sup>3</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 24 septembre 2002, JCP 2003, II, 10007, conclusions J. Sainte-Rose, note A. Devers, AJ fam., 2002 n°11, p. 38

<sup>4</sup> Civ 1<sup>re</sup> 6 juillet 1988 Rev. Crit. DIP 1989, 71, note Lequette

s'opposer à la reconnaissance en France du second mariage de son mari<sup>1</sup>. Cette interrogation rejoint la question traditionnelle de la réaction de l'ordre public français en matière internationale à l'encontre d'une situation valablement formée à l'étranger, mais qui n'aurait pu être acquise en France<sup>2</sup>. De prime abord, le principe de l'effet atténué de l'ordre public ne s'oppose pas à la reconnaissance en France du mariage polygamique célébré sans fraude à l'étranger dès lors que les lois nationales de chacun des époux autorisent la bigamie. Cependant, il a été suggéré<sup>3</sup> de faire jouer l'ordre public lorsque la situation en cause présente un lien étroit avec le territoire français, et le fait que la première épouse soit de nationalité française apparaît particulièrement significatif à cet égard. Ainsi le juge français pourrait-il refuser de reconnaître en France un mariage polygamique (valablement célébré à l'étranger) lorsque la première épouse est française ou lorsqu'un des époux demeure ou réside en France au moment de la célébration du second mariage<sup>4</sup>.

## II- Une sanction empreinte de sévérité

Comme nous venons de le voir, l'ordre public atténué conduit à limiter la répression de la bigamie quant à son domaine et quant au statut personnel de ses acteurs. Le droit interne reconnaît donc certaines situations de polygamie qui se seraient régulièrement constituées à l'étranger. Mais il est également d'autres formes de polygamie, plus indirectes, qu'il peut être amené à connaître et qui conduisent à relativiser la sévérité caractérisant la sanction de la polygamie (A). Néanmoins, fort de plusieurs constats, il apparaît que l'union polygame demeure particulièrement et sévèrement sanctionnée, directement ou indirectement (B).

---

<sup>1</sup> La Cour affirme que la juridiction d'appel « a décidé exactement que, si le mariage contracté à l'étranger en état de bigamie pour l'un ou l'autre des époux n'est pas obligatoirement nul en France, c'est à la condition que les lois nationales de chacun d'eux autorisent la bigamie ».

<sup>2</sup> J. Sainte-Rose et A. Devers « Le mariage contracté à l'étranger, en état de bigamie, n'a pas d'effet en France » JCP G n°3, 15 janvier 2003, II 10007

<sup>3</sup> P. Lagarde, La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, in Hommage à F. Rigaux, Bruylant, 1993, p. 293 s.

<sup>4</sup> J. Sainte-Rose et A. Devers « Le mariage contracté à l'étranger, en état de bigamie, n'a pas d'effet en France » JCP G n°3, 15 janvier 2003, II 10007

## **A- Une sévérité à relativiser**

C'est ici de bigamie de fait dont il est question, de son constat et de son traitement par les différentes branches du droit. En effet, afin d'éviter les foudres du droit civil et du droit pénal, beaucoup se contentent d'une bigamie de fait : double concubinage ou coexistence d'un mariage et d'une union libre<sup>1</sup>. Face à une telle pratique le droit fut contraint d'apporter des réponses dont certaines d'entre elles laissent entrevoir des marques de tolérance. Tout d'abord, la Cour de cassation admet dès 1970 le droit pour la concubine d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la mort de son concubin<sup>2</sup>. L'indemnisation de la concubine adultérine est pour G. ANDREO une première illustration de ce que le principe monogamique perd du terrain. Par ailleurs, si en 1985<sup>3</sup> la Cour refuse un concours d'indemnisation entre deux concubines suite au décès de leur amant unique, les juges du fond admettent un tel concours entre une femme et une concubine<sup>4</sup>. C'est en droit social que l'acceptation de la bigamie de fait paraît la plus évidente. Ainsi depuis la loi de 1978<sup>5</sup>, la concubine d'un assuré peut bénéficier de la qualité d'ayant droit auprès de la sécurité sociale, de la même manière que l'épouse, dès lors que ni l'une ni l'autre des deux compagnes ne sont titulaires de revenus professionnels<sup>6</sup>. Ainsi la sécurité sociale – et les mutuelles dans son sillage<sup>7</sup> – accepte-t-elle la bigamie de fait et rembourse les prestations d'assurance- maladie et de maternité de l'épouse et de la concubine.

Seul dans le domaine des pensions de veuvage et de réversion, les concubines se voient refuser le droit de prétendre à la pension dans le régime général.

Un autre argument dans le sens d'une reconnaissance de la polygamie est tiré de la difficulté existante à remettre en cause la situation du polygame qui parvient à devenir français sans fraude. Une telle situation est illustrée dans un arrêt rendu par la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation le 19 octobre 2004. En l'espèce, un homme avait souscrit en 1997 une déclaration de nationalité française qui avait été enregistrée sur le fondement d'un mariage

---

<sup>1</sup> G. Andreo « *Bigamie et double ménage* » RTD Civ. 1991 p. 263

<sup>2</sup> Chambre mixte, 27 février 1970

<sup>3</sup> Cass. Crim. 8 janvier 1985 (le refus de la Cour est fondé sur l'absence de stabilité des deux concubinages)

<sup>4</sup> Riom, 9 novembre 1978, JCP 1979. Ed. G. II. 19107, obs. Almairac

<sup>5</sup> Loi du 2 janvier 1978 portant généralisation de la sécurité sociale

<sup>6</sup> Si au moins une des deux exerce une activité professionnelle, la bigamie de fait est ignorée du droit social et n'apparaissent alors qu'un seul assuré social accompagné d'un ayant droit et une assurée sociale seule.

<sup>7</sup> Si chaque mutuelle établit librement ses statuts, la plupart renvoient aux règles adoptées par la sécurité sociale pour définir les ayants droits.

célébré avec une française à Oran en 1973, c'est-à-dire à une date où sa précédente union, contractée en 1961 en Algérie, n'était pas dissoute. Pour reprendre les propos de M. FARGE, la particularité de l'affaire réside dans la transparence ayant régné sur le passé matrimonial de l'intéressé, puisque ce dernier avait produit un acte de naissance mentionnant sa précédente union non dissoute<sup>1</sup>. Alors que la cour d'appel avait annulé l'enregistrement de la déclaration de nationalité française, la Cour de cassation censure sa décision et souligne que la précédente union non dissoute a été signalée à l'attention de l'administration, ce qui contredit l'existence d'un mensonge ou d'une fraude et empêche donc l'application de l'article 26-4 du code civil<sup>2</sup>. Cet arrêt illustre comment une situation de polygamie dont l'un des acteurs est de nationalité française en raison d'un dysfonctionnement est difficile à corriger a posteriori.

Enfin, G. ANDREO<sup>3</sup> s'était même interrogé sur le sort du délit de bigamie, dressant un parallèle avec l'abrogation du délit d'adultère. Ainsi avançait-il que la dépénalisation de la bigamie était une prédiction tentante face à la montée de la bigamie de fait et à la baisse de l'ordre public international concernant la polygamie.

## ***B - Une sévérité toujours présente***

Force est de constater que deux décennies après l'article de G. ANDREO, cette prédiction est loin de s'être réalisée, au contraire. Alors même qu'elle paraît porter atteinte à la liberté fondamentale de se marier (1), la sanction de la polygamie demeure et paraît même s'accroître, retentissant sur le contenu et les modalités d'application de certaines peines (2).

### **1) L'atteinte à un droit fondamental : la liberté de se marier**

A nouveau, il est question ici de l'atteinte au droit fondamental qu'est le mariage. Comme nous l'avons déjà évoqué *supra*<sup>4</sup>, la liberté de se marier est garantie par la constitution<sup>5</sup>, la

---

<sup>1</sup> Dans ces conditions, l'enregistrement de la déclaration de nationalité française relevait d'un fonctionnement défectueux de l'administration.

<sup>2</sup> L'article 26-4 du code civil prévoit un recours du ministère public en contestation de la déclaration de nationalité.

<sup>3</sup> G. Andreo « *Bigamie et double ménage* » RTD Civ. 1991 p. 263

<sup>4</sup> Concernant la prostitution et les mariages de complaisance

<sup>5</sup> Le Conseil constitutionnel a donné à la liberté du mariage une force constitutionnelle par sa décision du 9 novembre 1999, sur le fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui

CESDH<sup>1</sup> et la DDHC, le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, étant protégé par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

Ce principe est donc fortement protégé mais ne peut être détaché de l'article 147 du code civil posant en droit français l'exigence de la monogamie. Ainsi n'y a-t-il pas réellement d'atteinte à la liberté de se marier dans la prohibition de la polygamie, la monogamie participant de la définition même du mariage en droit français et plus largement dans la culture occidentale. C'est donc ailleurs que résident les marques de sévérité dans la sanction pénale de la polygamie.

Tout d'abord, il peut sembler sévère de sanctionner pénalement la bigamie alors même que l'inceste<sup>2</sup>, véritable tabou banni des sociétés, n'est pas réprimé pénalement en tant que tel. Et A. BENABENT de remarquer à ce sujet que c'est « *non sans un certain paradoxe (puisqu'il admettra facilement le remariage, même avec le complice de l'adultère) que notre droit sanctionne la bigamie plus vigoureusement que l'inceste* »<sup>3</sup>.

En effet, en matière d'inceste, le droit pénal a moins à cœur la répression du phénomène en tant que tel que la protection de l'une des parties et particulièrement celle du mineur. Et la loi du 8 février 2010<sup>4</sup> n'opère aucun changement en la matière. En effet, en vertu de cette loi, l'inceste qui auparavant n'était inscrit ni dans le code civil ni dans le code pénal, reçoit désormais une définition aux articles 222-31-1<sup>5</sup> et 227-27-2<sup>6</sup> du code pénal. Cependant cette définition ne modifie en rien la répression de l'inceste opérée par le droit pénal, répression qui demeure associée à la commission d'un viol, d'une agression ou d'une atteinte sexuelle.

---

appartient au préambule de la Constitution de la Vème République. Il la qualifie même, dans la décision du 13 août 1993, comme une liberté fondamentale reconnue à tous les résidents de la République française.

<sup>1</sup> Article 12 sur le droit au mariage

<sup>2</sup> L'inceste est défini comme : les relations sexuelles entre personnes unies entre elles par un lien de parenté ou d'alliance

<sup>3</sup> A. Benabent, *La famille*, 11<sup>ème</sup> édition chez Litec p. 39

<sup>4</sup> Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux

<sup>5</sup> Article 222-31-1 du code pénal « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

<sup>6</sup> Article 227-27-2 du code pénal « *Les infractions définies aux articles 227-25, 227-26 et 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

Aussi l'inceste n'est pas réprimé par le droit pénal en référence à ce qu'il est nouvellement défini, il est réprimé en ce qu'il vient aggraver d'autres infractions<sup>1</sup>.

La relation incestueuse entre majeurs consentants se situe donc hors du champ du droit pénal, et quand bien même ces derniers procéderaient à une union matrimoniale, ils se verraient opposer un empêchement à mariage<sup>2</sup>, mais en aucune façon une sanction pénale.

Une autre constatation permet d'illustrer la sévérité croissante quant à la sanction pénale de la bigamie. Jusqu'en 1933, le principe de la monogamie se voyait sanctionné par le droit pénal sous la qualification de crime. La loi du 17 février 1933 a transformé ce crime en délit correctionnel, et si cette transformation apparaît au premier abord aller dans le sens d'une plus grande clémence, elle illustre en réalité un excès de sévérité dans la répression de la bigamie, les cours d'assises étant trop indulgentes à l'égard des époux bigames. Cette correctionnalisation judiciaire opérée par le législateur l'a donc été dans un objectif de plus grande sévérité.

## **2) Le retentissement sur le contenu et les modalités d'application de certaines peines.**

L'état de polygamie en tant que tel peut donc faire l'objet de sanction pénale, mais il peut également en résulter des conséquences autres.

Ainsi en est-il de la loi 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, qui afin de lutter contre l'entrée et le séjour en France des familles polygames, a prévu des restrictions de délivrance de titres de séjour, des possibilités de non renouvellement ou de retrait de ces titres, susceptibles de déboucher sur des reconduites à la frontière. Aussi, le fait de ne pas vivre en état de polygamie est-il une condition pour pouvoir figurer parmi les bénéficiaires de la carte de séjour « vie privée et familiale »<sup>3</sup>. Par ailleurs, l'état de polygamie entraîne également des conséquences en matière de regroupement familial, l'article L. 411-7 du CESEDA interdisant, comme nous l'avons déjà évoqué *supra*, de faire venir en France plus d'une femme au titre du regroupement familial.

---

<sup>1</sup> Seul pour les atteintes sexuelle sur mineurs de plus de 15 ans, l'inceste tient il lieu d'élément constitutif, mais il n'en est pas moins associé à un autre élément matériel : l'atteinte sexuelle.

<sup>2</sup> Article 161 ; 162 et 163 du code civil

<sup>3</sup> Site internet Service-Public.fr

Depuis 1993, plusieurs lois ont ainsi tiré des conséquences de l'état de polygamie. A titre d'exemple, en matière de protection contre l'éloignement des familles, la loi du 26 novembre 2003<sup>1</sup> a exclu de la liste des personnes ne pouvant faire l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire français, les personnes vivant en état de polygamie (article 131-30-2 3° et 4° du code pénal). De même, depuis la loi du 24 juillet 2004<sup>2</sup>, les immunités familiales concernant l'aide au séjour irrégulier d'un étranger ne peuvent trouver à s'appliquer lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec un premier conjoint (article L. 622-4 du CESEDA).

Il convient d'ajouter que l'état de polygamie est également considéré comme exclusif de l'assimilation à la population française. Or, en vertu de l'article 21-4 du code civil, le Gouvernement peut s'opposer à l'acquisition de la nationalité française à raison du mariage pour deux motifs : indignité ou défaut d'assimilation autre que linguistique du conjoint étranger. Ainsi dans l'arrêt *Cissoko* du 24 janvier 1994, le Conseil d'Etat admet qu'un étranger bigame peut être, pour cette seule raison, considéré comme n'étant pas assimilé à la communauté française et se voir opposer un refus de l'acquisition de la nationalité française par le Gouvernement.

Ces mesures en faveur de la lutte contre la polygamie sont d'ailleurs toujours d'actualité. En effet, le 5 février 2010 a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale une proposition de loi visant à interdire le versement des prestations familiales aux foyers polygames<sup>3</sup>. Aussi cette proposition de loi comporte-t-elle un article unique, visant à insérer dans le code de la sécurité sociale un article L. 552-7 ainsi rédigé « *Lorsque la personne ayant en charge des enfants est reconnue comme vivant en état de polygamie par les organismes débiteurs de prestations familiales, le droit aux prestations familiales ne peut être exercé* ».

La polygamie reste donc fortement sanctionnée et rejetée en droit français, et l'intervention du droit pénal en la matière en est une illustration. De l'avis de P. GUIHO, une telle solution ne saurait surprendre, ni prêter à la critique, « car la polygamie est un mode de vie

---

<sup>1</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

<sup>2</sup> Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration

<sup>3</sup> Proposition présentée par M. Damien Meslot, député.

radicalement étranger aux sociétés occidentales, et à la société française en particulier, principalement en raison du statut d'infériorité qu'elle implique pour la femme »<sup>1</sup>.

## ***Chapitre 2 – Le couple : un socle familial protégé par le droit pénal***

En tant que socle de la famille, le couple reçoit une protection particulière qui lui est conférée par le droit pénal. Afin d'assurer une telle protection, le droit pénal va de nouveau user des immunités familiales, cette fois-ci en matière d'atteinte à l'autorité publique (**Section 1**). Mais il va également sanctionner le membre du couple qui a porté atteinte à ce socle familial et plus particulièrement à la solidarité qu'il implique (**Section 2**).

### **Section 1 – Une protection par le truchement des immunités familiales en matière d'atteintes à l'autorité publique**

En raison des liens particuliers existants entre les membres d'un couple, l'un d'eux peut être amené à se rendre coupable d'infractions portant atteinte à l'autorité publique. Le droit pénal par le truchement des immunités familiales tient ici de ce que l'existence de tels liens peut justifier la commission de certains actes en principe répréhensibles. Ainsi confère-t-il au couple en tant que socle familial une protection très large (I) et ce de façon croissante (II).

#### **I - Une protection élargie**

Afin d'appréhender en quoi la protection ici accordée par le droit pénal est une protection particulièrement large, il convient tout d'abord d'observer le domaine des immunités familiales en matière d'atteintes à l'autorité publique (A), avant de s'attarder sur leurs effets juridiques (B).

---

<sup>1</sup> P. Guiho « *Acquisition de la nationalité française par mariage : la bigamie, obstacle à l'assimilation à la communauté française* » D. 1995, p. 108

## **A- Le domaine de l'immunité**

Le domaine des immunités familiales en matière d'atteinte à l'autorité publique ne cesse de s'agrandir, recouvrant à la fois le domaine des atteintes à l'action et à l'exercice de la justice, et celui de la production, discussion et administration de la preuve.

Ainsi en matière d'atteinte à l'action publique, l'article 434-1 du code pénal<sup>1</sup> relatif au délit de non dénonciation de crime prévoit une exemption pour les membres de la famille. Il en est de même pour le recel de malfaiteur (article 434-6 du code pénal) et pour l'omission de témoigner en faveur d'un innocent (article 434-11 du code pénal).

Ces infractions ne font donc pas l'objet d'une incrimination lorsqu'elles ont été commises au bénéfice d'un membre de sa famille.

Il en est de même en matière de production, discussion et administration de preuve pour certaines infractions.

Ainsi l'article 335 5° du code de procédure pénal libère-t-il les parents ou alliés de l'accusé de l'obligation de déposer sous la foi du serment : « *ne peuvent être reçues sous la foi du serment les dépositions du mari ou de la femme ; cette prohibition subsiste même après le divorce* » et l'article 448 du même code prévoit : « *sont entendus sans prestation de serment le mari ou la femme ; cette prohibition subsiste même après le divorce* ».

Par ailleurs, une nouvelle immunité familiale a été instaurée à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par les lois n° 96-647 du 22 juillet 1996 et n° 98-349 du 11 mai 1998. Cette nouvelle immunité est relative à l'aide au séjour irrégulier d'un étranger.

Il convient néanmoins de préciser qu'en matière de dénonciation de crime, l'exemption prévue par l'article 434-1 du code pénal au titre de l'immunité familiale, disparaît pour les crimes commis sur les mineurs de moins de 15 ans. C'est alors la protection de la victime qui reprend le dessus sur le devoir familial de secours.

---

<sup>1</sup> Article 434-1 du code pénal : « *Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans :*

*1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ;*

*2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ».*

Concernant les personnes pouvant bénéficier de ces immunités en matière d'atteintes à l'autorité publique, la définition de la famille retenue par le législateur est, comme nous le développerons *infra*<sup>1</sup>, plus large que celle retenue en matière d'atteintes aux biens.

Ainsi le bénéfice de l'immunité est ouvert au concubin et au partenaire d'un PACS (même si l'extension au Pacsé demeure incertaine). De même, les conjoints séparés de corps ou autorisés à résider séparément, ainsi que les conjoints des parents et des frères et sœurs sont couverts par l'immunité familiale en matière d'atteinte à l'autorité publique alors qu'ils ne le sont pas en matière d'atteinte aux biens.

Cette définition plus large en matière d'atteinte à l'autorité publique peut s'expliquer pour P. MOUSSERON par le fait que « la non-délation d'un proche est une infraction moralement plus justifiable que la soustraction d'un bien lui appartenant et doit donc être plus largement immunisée »<sup>2</sup>. Surtout, en matière d'atteinte à l'autorité publique, la personne qui est à l'origine de l'infraction n'est cependant pas à l'origine des conditions qui ont provoqué sa réalisation, et c'est pourquoi il est justifié que la liste des personnes immunisées soit entendue plus largement.

Ceci nous conduit à évoquer les justifications, les fondements de telles immunités ainsi que les effets de celles-ci.

## ***B- L'effet juridique de l'immunité***

Après s'être intéressé à l'effet juridique de l'immunité dans son principe (1), c'est à ses justifications que nous nous attacherons (2).

### **1) Le principe**

Pour reprendre la typologie de P.MOUSSERON déjà évoquée précédemment concernant les immunités familiales, les immunités édictées en matière d'atteinte à l'autorité publique constituent des immunités dites « immunités irresponsabilité ».

Contrairement aux immunités irrecevabilité (en matière d'atteinte aux biens) qui font simplement obstacle aux poursuites, les immunités irresponsabilité agissent tels des faits justificatifs.

---

<sup>1</sup> Partie II, Chapitre II, Section I, II

<sup>2</sup> Pierre Mousseron « *les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

Une telle nature résulte à la fois des travaux parlementaires, l'objectif des textes étant d'exonérer du devoir de dénoncer<sup>1</sup>, mais également de la lettre même des textes les prévoyant. En effet, alors que les articles relatifs aux immunités irrecevabilité sont rédigés de la sorte « *Ne peuvent donner lieu à des poursuites pénales...* »<sup>2</sup>, ceux concernant les immunités irresponsabilité disposent que « *sont exceptés des dispositions qui précèdent...* »<sup>3</sup>. Pour P. MOUSSERON, les immunités familiales agissent en matière d'atteinte à l'autorité publique à la manière de faits justificatifs parce que dans ce domaine, le contexte familial intervient dès le stade de la commission de l'infraction et pas seulement au stade de sa répression. C'est l'appartenance à la même famille qui a entraîné la commission de l'infraction. Cette différence au fond entre les deux types d'immunités familiales se retrouve alors au niveau de la procédure.

L'immunité irresponsabilité supprime donc « l'élément légal » de l'infraction et constitue pour l'auteur des faits une « exception à l'incrimination »<sup>4</sup>. Le privilège familial supprime l'illicéité de l'acte. Les immunités irresponsabilité agissent donc *in rem* là où les immunités irrecevabilité agissent *in personam*.

Contrairement aux infractions couvertes par les immunités irrecevabilités, celles couvertes par les immunités irresponsabilité ne peuvent constituer les circonstances aggravantes d'une autre infraction. Mais surtout, les immunités irresponsabilité entraînent une disparition de l'infraction, en conséquence de quoi aucune action en matière civile n'est ouverte pour la victime d'une infraction si l'auteur de celle-ci est couvert par un tel type d'immunité. Sur ce point, les immunités irresponsabilité diffèrent à nouveau des immunités irrecevabilité, celles-ci ne faisant obstacle qu'aux poursuites pénales là où les autres font obstacle à tous types de poursuites judiciaires, l'infraction étant supposée ne pas avoir été constituée faute d'élément légal.

En principe, les complices d'une infraction couverte par une immunité irresponsabilité sont également couverts par celle-ci, contrairement aux co-auteurs qui demeurent pénalement responsables.

---

<sup>1</sup> Rapport de M. J.J Hyest présenté le 12 décembre 1991 au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, p. 131.

<sup>2</sup> Articles 311-12 ; 312-9 al.2 ; 312-12 al.2 ; 313-3 al.2 ; 314-4 du code pénal

<sup>3</sup> Articles 434-1 ; 434-6 et 434-11 du code pénal

<sup>4</sup> Pierre Mousseron « *les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

Enfin il convient de préciser qu'exceptionnellement, les immunités irresponsabilité produisent les effets des immunités irrecevabilité. Tel est le cas en matière d'aide au séjour irrégulier d'un étranger. En effet, on retrouve dans l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 une rédaction identique à celle utilisée en matière d'immunité irrecevabilité « *ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger...* » et ce, alors même que la loi confère aux auteurs d'un recel de criminel un régime de responsabilité irresponsabilité.

Si les régimes juridiques entre les deux types d'immunités diffèrent, c'est parce que cette divergence se retrouve dans les objectifs poursuivis par chacune d'elles.

## **2) Les justifications**

Les immunités familiales en matière d'atteintes à l'autorité publique ne visent pas, telles les immunités en matière d'atteintes aux biens, la protection de l'un des membres du couple, mais visent au contraire la protection du couple en tant qu'entité, et plus largement encore la protection de la famille.

Elles s'expliquent principalement par la volonté de ne pas imposer de délation au sein du groupe familial. Et P. MOUSSERON de préciser « les immunités familiales consacrent dans ce domaine la primauté de la règle morale sur la règle de droit : le devoir familial de secours l'emporte sur l'obligation sociale de dénonciation »<sup>1</sup>.

Pour MERLE et VITU, c'est réellement la force des liens de famille qui est assez puissante pour légitimer, dans certains cas, l'existence d'immunités particulières<sup>2</sup>.

De plus, la loi pénale « ne saurait bafouer les sentiments de solidarité » qu'engendre (notamment) le couple « sans mettre en péril l'ordre public qu'elle est censée protéger »<sup>3</sup>

Quant à l'exception à l'obligation de témoigner sous serment, elle trouvait déjà les faveurs d'HOBBS : « Le père n'est pas obligé de porter témoignage contre son fils, ni le mari contre sa femme, ni le fils contre son père...car ce témoignage serait nul : on présume qu'il est

---

<sup>1</sup> Pierre Mousseron « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

<sup>2</sup> Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, T. II

<sup>3</sup> T. Hassler « *La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale* » RSC 1983, p. 440

contre nature »<sup>1</sup>, ou encore de Faustin HÉLIE : « Il s'agit ici moins d'une incapacité que d'une prohibition qu'un sentiment d'humanité et une règle de morale ont fait établir : la loi n'a pas voulu que les plus proches parents vinsent déposer les uns contre les autres ; il a paru que l'impunité du crime était préférable à l'emploi d'un moyen qui effraye la conscience et répugne à la justice elle-même ; que d'ailleurs la déposition des proches parents, si elle est à la décharge de l'accusé, n'est d'aucun poids, et, si elle est à sa charge, perd son autorité, à raison du sentiment de défiance ou d'horreur qu'elle inspire »<sup>2</sup>.

Par le truchement des immunités familiales, le droit pénal reconnaît la prééminence de la solidarité familiale sur le devoir de collaborer à la justice et le législateur prend en compte la noblesse des mobiles (alors même qu'un des grands principes du droit pénal est l'indifférence aux mobiles) pour faire obstacle à la qualification pénale.

Pour J. AMAR, au regard des articles 434-1 et 434-6 du code pénal, l'exonération de l'auteur de l'infraction est l'expression de la reconnaissance par le législateur d'un lien familial dont la teneur est plus forte que les devoirs imposés par l'Etat.

Mais les immunités familiales en matières d'atteinte à l'autorité publique peuvent également s'entendre comme la recherche d'un équilibre entre la sphère publique et la sphère privée avec pour but d'éviter un empiètement de l'une sur l'autre et réciproquement. Elles ne viseraient alors pas tant la protection du couple ou de la famille que celle de l'ordre institutionnel<sup>3</sup>.

J. AMAR avance également que les immunités irrecevabilité peuvent trouver un fondement dans le droit à la vie privée de chaque individu tel qu'il est défini par l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce dernier englobant nécessairement la vie de famille dans une société démocratique.

Enfin, il convient de souligner que par le truchement des immunités familiales en matière d'atteinte à l'autorité publique, le droit pénal fait exception au principe selon lequel « on ne

---

<sup>1</sup> Hobbes, *Le citoyen*

<sup>2</sup> Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*

<sup>3</sup> J. Amar « PACS et immunités familiales » Droit pénal octobre 2000 p.4

sonde pas les reins et les cœurs »<sup>1</sup> et au principe d'indifférence du droit pénal envers la conscience ou les mobiles.

Ainsi, « Lorsque par le jeu de l'immunité familiale, le législateur permet au membre de la famille d'agir selon sa conscience, cela signifie qu'il a pris en considération le dilemme auquel peut être confronté cette personne : obéir à la règle de droit et, par exemple, dénoncer ou témoigner, ou bien écouter sa conscience qui lui souffle, par morale ou affection, de ne pas livrer à la justice un membre de son entourage familial »<sup>2</sup>.

Pour A. LEPAGE, cette place accordée à la conscience se traduit inévitablement par un recul du droit dans ses exigences, puisqu'en effet, reconnaître le conflit entre le droit et la conscience revient à conférer à celle-ci une compétence exclusive pour trancher ce conflit.

Pour P. COUVRAT, ce choix du législateur peut également s'expliquer par un excès de lucidité, en ce qu'il peut paraître préférable de faire bénéficier d'une immunité familiale une personne qui aurait de toute façon désobéi à la loi.

Reste que pour le Professeur LEPAGE, les immunités familiales en matière d'atteinte à l'autorité publique sont une preuve de ce que le droit pénal est aussi sensible que réaliste en ce qu'il « permet sa propre éviction en considération d'une conscience individuelle digne d'être prise en compte »<sup>3</sup>

En définitive, en matière d'atteinte à l'autorité publique, les immunités familiales ont pour fonction de protéger un « élément naturel et fondamental de la société » : la famille, qui selon l'article 16.3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme « a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

C'est donc bien le couple en tant qu'entité, en tant qu'acteur et élément fondamental de la société, qui reçoit une protection accordée par le droit pénal, avec ce que cela engendre de conséquences concernant le domaine et les effets juridiques de ces immunités particulières.

---

<sup>1</sup> Contrairement à Dieu (psaume 7.10 de la bible), le droit pénal ne peut sonder les reins et les cœurs, ce qui justifie que ne soient pris en compte les mobiles en droit pénal

<sup>2</sup> A. Lepage « Droit pénal et conscience » Droit pénal, janvier 1999, p.4

<sup>3</sup> A. Lepage « Droit pénal et conscience » Droit pénal, janvier 1999, p.4

## II- Une protection croissante

La protection conférée au couple par les immunités familiales en matière d'atteintes à l'autorité publique est étendue, mais c'est également une protection qui n'a cessé de s'étendre que ce soit lors de la réforme du code pénal (A), ou lors de réformes postérieures (B).

### ***A- Les évolutions issues de la réforme du code pénal***

Contrairement aux immunités familiales en matière d'atteintes aux biens, le domaine des immunités familiales en matière d'atteintes à l'autorité publique a évolué dans le sens d'une protection croissante, particulièrement concernant les personnes visées par ces immunités.

En effet, aujourd'hui les bénéficiaires des immunités familiales sont les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime mais également le conjoint, ou la personne vivant notoirement en situation maritale avec cet auteur ou complice.

Avant la réforme de 1992, cette immunité ne concernait pas les concubins (comme c'est encore le cas aujourd'hui en matière d'atteintes aux biens<sup>1</sup>). Ainsi en 1992, la Cour de cassation avait refusé une telle extension. En l'espèce, la mère d'une fillette qui avait été violé par son concubin était renvoyée elle-même devant la cour d'assises pour délit connexe de non dénonciation de crime et la Cour de cassation a refusé de lui accorder le bénéfice de l'immunité familiale.

C'est donc depuis 1992 que le concubin de l'auteur ou du complice peut se voir reconnaître le bénéfice de telles immunités, la plupart des atteintes à l'autorité publique autorisant un tel privilège.

Il convient de préciser que c'est par la formule suivante que sont visés les concubins dans les différents articles relatifs aux immunités « *la personne qui vit notoirement en situation maritale* ». On peut alors de noter que la lettre de ce texte doit nous conduire à exclure du bénéfice des immunités les concubins homosexuels, la notion de « vie maritale » ne pouvant concerner pour la Cour de cassation « qu'un couple constitué d'un homme et une femme »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 22 janvier 1948

<sup>2</sup> Cass. soc. 11 juillet 1989

De nouveau, P. MOUSSERON justifie cette plus grande souplesse en matière d'atteinte à l'autorité publique (comparativement au refus de prendre en compte le couple dans les atteintes aux biens) par référence au moment où le contexte familial intervient dans l'infraction. En matière d'atteintes à l'autorité publique, le contexte familial intervenant au moment de la commission de l'infraction, il paraît assez clair que le sentiment d'affection qui conduit à faire obstacle au bon déroulement de la justice se comprend tout aussi bien à l'égard du concubin que du conjoint. En revanche, en matière d'atteintes aux biens, « il serait paradoxal de conférer au concubin le bénéfice d'une immunité assise sur un objectif de sauvegarde des valeurs familiales dont il n'est pas le premier zélateur »<sup>1</sup>.

La situation concernant les titulaires d'un PACS est légèrement différente et il demeure incertain qu'une application des immunités familiales leur soit accordée comme elle l'a été aux concubins.

Pourtant selon J. AMAR, s'il est justifiable, et même nécessaire, que les Pacsés ne bénéficient pas des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens, en revanche, concernant les atteintes à l'autorité publique, une interprétation téléologique comme analogique des textes ne s'oppose pas à leur application.

En effet, comme nous l'avons déjà évoqué en nous penchant sur les fondements des immunités familiales, ces dernières ne seraient pas seulement la conséquence d'une volonté de protection de la paix des familles mais également la conséquence de la reconnaissance d'un droit à la vie privée et à la vie familiale (droit reconnu par l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Or, comme le souligne J.AMAR, le choix de signer un PACS relève de la sphère de la vie privée de chaque individu et le PACS lui-même engendre bien une sphère privée pour ses signataires « en cela, les pacés ainsi que leurs frères et sœurs ont également vocation à bénéficier des exonérations de peine prévues en cas d'atteinte au fonctionnement de la justice »<sup>2</sup>.

De plus, la différence de traitement entre les formes de couple concernant le bénéfice des immunités familiales semble reposer sur le critère du sexe. Ainsi le législateur reconnaît aux concubins vivant en situation maritale (soit aux concubins de sexes différents) le bénéfice des immunités familiales en matière d'atteinte à l'autorité publique, mais refuse un tel bénéfice aux concubins de même sexe et aux Pacsés. Or cette différence de traitement va à

---

<sup>1</sup> Pierre Mousseron « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

<sup>2</sup> J. Amar « *PACS et immunités familiales* » Droit pénal octobre 2000 p.4

l'encontre de la conception unitaire voulue par le droit civil, l'article 515-8 du code civil (introduit par la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité) faisant abstraction de la différence de sexe.

Ainsi, si de façon générale le droit pénal fait preuve d'adaptation aux évolutions de la société et de cohérence avec les régimes instaurés par le droit civil, tel n'est pas le cas concernant l'extension des immunités familiales aux personnes titulaires d'un PACS, et cela alors même que cette extension pourrait être saluée au regard du droit à la vie privée et familiale de tout individu.

### ***B- Les évolutions postérieures au code pénal de 1994***

Comme nous l'avons rapidement évoqué *infra*, le législateur a procédé à une extension du domaine des immunités familiales en matière d'atteinte à l'autorité publique. Ainsi a-t-il créé une immunité familiale en matière d'aide au séjour irrégulier d'étrangers.

Cette immunité trouve son origine dans le « délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière »<sup>1</sup>, lui-même adopté pour la première fois par le gouvernement Daladier par un décret du 2 mai 1938<sup>2</sup>. Il sera repris dans l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers avant d'être intégré en 2005 dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile à l'article L. 622-1.

Ainsi l'article L. 622-1 du CESEDA énonce : « *Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros* ».

C'est avec la loi «Toubon» du 22 juillet 1996<sup>3</sup> que le législateur institue une nouvelle immunité familiale en matière d'aide au séjour irrégulier d'étrangers. Fut alors introduite l'immunité familiale au bénéfice des ascendants et des descendants de l'étranger ainsi qu'au bénéfice du conjoint de l'étranger, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément.

Puis en 1998, une nouvelle loi dite « Resada » (Loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile) a étendu ces immunités au

---

<sup>1</sup> M. Reydelle « Les délits d'aide à l'étranger en situation irrégulière » D. 1998, P. 148

<sup>2</sup> Article 4 du décret du 2 mai 1938

<sup>3</sup> Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996

conjoint des descendants ou des ascendants, aux frères et sœurs et à leur conjoint, ainsi qu'à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'étranger.

Cette loi n'a fait en réalité, que donner une assise légale à des décisions qui étaient déjà adoptées par les juridictions sur le fondement d'un ordre public affectif<sup>1</sup>.

Ainsi le CESEDA contient désormais un article L.622-24 rédigé comme tel : « *Sans préjudice des articles L. 621-1, L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait : 2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui...* ».

La rédaction de ce texte doit nous inspirer plusieurs réflexions. Tout d'abord, c'est bien le lien familial et sa valeur suprême en tant que socle de la société, qui est protégé ici par le recul du droit pénal, puisque comme pour les autres immunités, celle relative à l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers d'étrangers ne peut plus jouer lorsque le couple est séparé de corps, autorisé à résider séparément ou lorsque la communauté de vie a cessé.

On peut noter également que le législateur a repris pour ce type d'immunité la formule suivante : « *personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui* » avec ce que cela engendre d'incertitudes concernant les personnes visées par cette formulation.

En effet, pour certains cette formule est assez large pour concerner tous les concubins qu'ils soient ou non liés par un PACS<sup>2</sup>, alors que comme nous l'avons vu, P. MOUSSERON considère que la formulation visant les personnes en situation maritale, elle exclut les concubins homosexuels ainsi que les titulaires d'un PACS<sup>3</sup>.

Enfin, il convient de préciser que contrairement aux immunités familiales en matière de recel de criminels qui sont des immunités d'irresponsabilité, les immunités en matière d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier d'étrangers sont des immunités d'irrecevabilité. En effet, il est précisé à l'article L. 622-24 du CESEDA que « *ne peut donner lieu à des poursuites pénales...* », formulation identique à celle utilisée par le législateur en matière d'atteintes aux biens. Pour P. MOUSSERON, l'application de ce régime aux immunités en matière d'aide

---

<sup>1</sup> TGI, Toulouse 30 octobre 1995

<sup>2</sup> J. Leblois-Happe « *L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple* » AJ Famille 2004 p. 17 et A. Bourrat-Gueguen « *Les incidences du PACS en droit pénal* » in Des concubinages, p. 221, 222

<sup>3</sup> Position que partage J. Amar tout en recommandant une application de l'immunité aux concubins homosexuels et aux personnes titulaires d'un PACS.

à l'entrée et au séjour irréguliers d'étrangers témoigne de l'influence de considérations sécuritaires sur le régime des immunités familiales.

Ainsi, même s'il demeure certains doutes sur leur portée et même si ces nouvelles immunités voient leurs effets en partie limités, reste que ces extensions en matière d'immunités familiales témoignent d'une évolution du droit pénal et d'une protection croissante accordée par celui-ci.

De façon générale, on peut ainsi considérer que les immunités familiales en matière d'atteinte à l'autorité publique sont l'expression de ce que le droit pénal tient compte de la solidarité, celle-ci étant inhérente au couple. Or pour reprendre les propos de J. LEBLOIS-HAPPE : « Rien de ce qui est essentiel à la vie en société ne saurait en effet échapper à son emprise ».

De plus, la répression ne serait ni juste ni utile si elle restait aveugle à cette considération. La solidarité est donc ici un facteur de recul de la répression. Mais il est des cas où à l'inverse la prise en compte de la solidarité par le droit pénal conduit à la mise en place de la répression. En effet, il est des cas où le défaut de solidarité dans le couple est facteur de trouble l'ordre social ce qui engendre une répression accrue.

## **Section 2 – Une protection par le truchement de l'abandon de famille**

Le délit d'abandon de famille est l'illustration de ce que la solidarité entre les membres du couple ne disparaît pas totalement, quand bien même le lien matrimonial est dissout. J. LEBLOIS-HAPPE illustre cette idée de la manière suivante : « *Si le couple n'existe plus, il a existé, parfois longuement, et nul ne peut en effacer le souvenir* ». Ainsi par le truchement du délit d'abandon de famille, le droit pénal se charge de rappeler à leurs bons souvenirs les membres ou ex-membres du couple qui feraient preuve d'un manque de solidarité exigé par la loi (I). Cependant en vertu de la loi du 12 mai 2009, des doutes existent aujourd'hui quant à la survivance de ce délit (II).

## **I - L'étendue de l'incrimination d'abandon de famille**

Le délit d'abandon de famille permet donc au législateur, par le truchement de la sanction d'un manque de solidarité, de protéger le socle familial qui est ou qui a été. Les poursuites et les condamnations ne sont pas rares sur le fondement de l'article 227-3 du code pénal, mais elles sont cependant subordonnées à certaines conditions (A). Par ailleurs, comme c'est souvent le cas, le droit pénal n'appréhende en matière d'abandon de famille que le couple marié, ne se calquant pas sur la vision extensive du couple qui s'élabore peu à peu en droit civil (B).

### **A- Le délit d'abandon de famille et les infractions connexes**

Si le délit d'abandon de famille est sanctionné sévèrement (2), il nécessite néanmoins que soient remplies plusieurs conditions, conditions qui ne sont autres que les éléments constitutifs de l'infraction (1).

#### **1) Les éléments constitutifs de l'infraction**

Le délit d'abandon de famille est une infraction qui est située dans la partie du code pénal rassemblant les atteintes aux mineurs et à la famille, à l'article 227-3. Instauré par la loi du 7 février 1924 ce délit tend à réprimer ceux qui ne respectent pas (dans les conditions posées à l'article 227-3) une condamnation judiciaire ou une convention judiciairement homologuée les obligeant à remplir diverses sortes d'obligations familiales.

Tout manquement à une obligation alimentaire n'est cependant pas constitutif du délit d'abandon de famille, ce dernier supposant que plusieurs conditions soient réunies. Tout d'abord, la condition préalable à la constitution du délit réside dans l'existence d'une décision de justice. L'article 227-3 du code pénal vise l'obligation posée par une décision judiciaire (jugement, arrêt, ordonnance) ou une convention judiciairement homologuée. Il a été jugé que le procès verbal de conciliation équivaut à une convention judiciairement homologuée<sup>1</sup>, ce qui permet de sanctionner l'époux qui ne verse pas l'obligation alimentaire

---

<sup>1</sup> Cass. Crim 31 mars 1999, *Bull. crim.* n°64. D. 2000, somm. P. 36, obs. Y. Mayaud. L'arrêt juge que le procès verbal de conciliation prévu par les articles 130 et 131 du code de procédure civile « équivaut », au sens de l'article 227-3 du code pénal, à une convention judiciairement homologuée.

fixée par le procès verbal<sup>1</sup>. En revanche, le défaut de paiement d'une prestation compensatoire fixée par une convention notariée non homologuée ne peut constituer un délit d'abandon de famille<sup>2</sup>. De même sont exclues les obligations alimentaires fixées par un mode exclusivement volontaire ou d'origine purement conventionnelle et enfin, il est nécessaire que la décision posant l'obligation soit exécutoire et portée légalement à la connaissance de l'intéressé<sup>3</sup>.

Par ailleurs, toutes les obligations familiales ne sont pas visées par l'article 227-3 du code pénal. Jusqu'en 2009, étaient visées dans l'article en question les obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du livre 1er du code civil, c'est-à-dire à raison de l'une des obligations découlant du mariage, du divorce ou de la filiation. Concernant le couple, la prestation visée pouvait donc être : une contribution aux charges du mariage (art 214 du C.civ), une pension alimentaire due au titre du devoir de secours (art 212 du C.civ), une prestation compensatoire (art 270 du C.civ), une pension alimentaire (art 239 du C.civ) ou encore des dommages et intérêts (art 266 du C.civ) dus à l'ex conjoint<sup>4</sup>.

Enfin, le débiteur doit être resté plus de deux mois sans s'acquitter de sa dette. Concernant la nature de l'infraction, il a été jugé par la Cour de cassation que le délit d'abandon de famille était une infraction successive<sup>5</sup>, si bien que celle-ci se renouvelle autant de fois qu'il est de périodes bimestrielles cumulées sans extinction de la dette, avec possibilité d'exercer de nouvelles poursuites à chaque terme non suivi d'effet<sup>6</sup>.

Enfin, le délit d'abandon de famille est une infraction intentionnelle. Le débiteur doit donc omettre de payer en toute connaissance de cause et si sa mauvaise foi ne peut être prouvée l'infraction n'est pas constituée<sup>7</sup>.

Outre le délit d'abandon de famille, l'article 314-7 du code pénal sanctionne également l'organisation frauduleuse d'insolvabilité<sup>8</sup>. Pour J. LEBLOIS-HAPPE<sup>1</sup>, ce délit peut être considéré comme une incrimination préventive de l'abandon de famille.

---

<sup>1</sup> V. Malabat « *Droit pénal spécial* » 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz p. 328

<sup>2</sup> Cass. Crim. 15 octobre 1996, *Bull. crim.* n° 359

<sup>3</sup> Cass. Crim. 8 mars 1977, *Bull. crim.* n° 88

<sup>4</sup> J. Leblois-Happe « *L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple* » *AJ Famille* 2004, p. 17

<sup>5</sup> Cass. Crim. 2 décembre 1998, *D.* 2000, somm. P. 36, obs. Mayaud

<sup>6</sup> *D.* 2000, somm. P. 36, obs. Mayaud. Il convient de noter que pour M. Mayaud cependant, le délit d'abandon de famille serait plutôt une infraction continue tel que cela a été jugé par la CA de Colmar le 20 janvier 1967.

<sup>7</sup> CA Rennes, ch. Corr. 3, 11 avril 2008 : *JurisData* n°2008-364511

<sup>8</sup> Article 314-7 du code pénal : « *Le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de*

## 2) Une infraction sévèrement réprimée

C'est tout d'abord au regard des sanctions attachées à l'article 227-3 du code pénal qu'il est pertinent de conclure à une répression sévère de l'abandon de famille. En effet, l'époux qui se rend coupable d'une telle infraction encourt de lourdes peines, à savoir un emprisonnement de deux ans, une amende de 15 000 euros ainsi que l'interdiction d'exercer certains droits civiques, civils et de famille et d'autres peines complémentaires prévues à l'article 227-29 du code pénal.

Par ailleurs, il a été jugé que le paiement ultérieur, même spontané, n'efface pas le délit et ne constitue qu'un repentir actif<sup>2</sup>. De même, la suppression, même rétroactive, de l'obligation alimentaire, qui intervient postérieurement à la date des faits d'abandon de famille, ne peut faire disparaître l'infraction déjà consommée<sup>3</sup>. Une telle décision nous conduit à évoquer la prééminence du juge pénal sur le juge aux affaires familiales (JAF) en matière de délit d'abandon de famille, prééminence qui souligne l'importance de l'appréhension du couple par le droit pénal en la matière.

Tout d'abord, comme nous venons de l'évoquer, un débiteur ne peut arguer devant le juge pénal d'une décision du JAF supprimant (même rétroactivement) la contribution à laquelle il était condamné si cette décision est postérieure aux faits constitutifs du délit. Pour certains auteurs<sup>4</sup>, cette solution ne peut être qu'approuvée, l'infraction étant incontestablement sanctionnée au jour de la commission des faits. Les pouvoirs du juge pénal vont encore plus loin. En effet, dans un arrêt du 14 octobre 1985<sup>5</sup>, la Cour de cassation reconnaît que le juge répressif est de plus compétent pour apprécier souverainement, en fonction des éléments, la persistance de l'obligation en cause. Autrement dit, le juge pénal dispose du pouvoir d'apprécier si, au moment où l'abandon de famille est imputé au prévenu, ce dernier était toujours dans les conditions légales pour pouvoir prétendre au versement de cette pension.

---

*ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».*

<sup>1</sup> J. Leblois-Happe « L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple » AJ Famille 2004, p. 17

<sup>2</sup> Cass. Crim. 23 mars 1981, Bull. crim. n° 101

<sup>3</sup> Cass. Crim. 27 mars 1991 : JurisData n° 1991-702331, Bull. crim. n°146

<sup>4</sup> N. Monachon Duchêne « L'obligation alimentaire devant le juge pénal...et l'abandon de famille devant le JAF » JCP G, n°36, 6 septembre 2006, I 165

<sup>5</sup> Cass. Crim. 14 octobre 1985, n° 83-94.892 :JurisData n°1985-002287 ; Bull. crim. 1985, n° 309

Le juge pénal est donc là saisi d'un débat qui d'ordinaire se tient devant le JAF<sup>1</sup>. Par ailleurs, la balance penche également en faveur du juge pénal lorsque le JAF est saisi par le débiteur après le juge correctionnel. C'est alors l'autorité de la chose jugée au pénal qui s'impose au juge civil, ce dernier devant calquer sa motivation sur celle du juge correctionnel. En effet, en condamnant le prévenu pour abandon de famille, le juge pénal a forcément jugé que le débiteur avait agi de façon volontaire (le délit de l'article 227-3 étant intentionnel), ôtant la possibilité pour le juge civil de qualifier les faits de négligence ou même de nier la faute. Ce dernier sera contraint d'opposer une fin de non recevoir à la demande du débiteur qui viendrait solliciter, pour la période relative à la prévention, une suppression de son obligation alimentaire.

Il est donc incontestable que le droit pénal et le juge pénal disposent de larges pouvoirs afin de s'ingérer dans les obligations alimentaires des époux et des ex époux à des fins de protection de l'un d'eux. Cependant encore une fois il convient de constater qu'il n'est question ici que des couples unis par les liens sacrés du mariage.

### ***B- Une protection limitée à une conception étroite du couple***

A nouveau l'appréhension qui est faite du couple par le droit pénal est limitée aux couples mariés. Le délit d'abandon de famille ne peut en effet trouver à s'appliquer ni aux concubins ni aux titulaires d'un PACS.

L'article 227-3 évoque expressément la non exécution d'une décision judiciaire aux dépens d'un « conjoint », or le principe d'interprétation stricte du droit pénal s'oppose à ce que le texte soit étendu aux concubins. Bien qu'il soit question de protection de l'un des membres du couple, l'application circonscrite au couple marié de l'article 227-3 trouve une justification dans l'objet même du délit d'abandon de famille. En effet, l'infraction est constituée par la non exécution d'une obligation familiale autrement dit d'une obligation alimentaire<sup>2</sup>. Or, une telle obligation découle du lien d'alliance créé par le mariage, existant ainsi entre époux et entre alliés. X. LABBÉE<sup>3</sup> explique ainsi l'absence d'obligation alimentaire dans le concubinage : « les règles de la contribution aux charges du mariage ne sont pas

---

<sup>1</sup> N. Monachon Duchêne « *L'obligation alimentaire devant le juge pénal...et l'abandon de famille devant le JAF* » JCP G, n°36, 6 septembre 2006, I 165

<sup>2</sup> X. Labbée « *L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ?* » JCP G n°42, 15 octobre 2008, I 197

<sup>3</sup> X. Labbée « *L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ?* » JCP G n°42, 15 octobre 2008, I 197

transposables<sup>1</sup> et un concubin ne peut être tenu envers ses beaux parents comme le serait un conjoint, puisqu'il n'y a pas de rapport d'alliance<sup>2</sup> ».

La situation diffère en revanche lorsque les concubins ont ensemble un enfant et qu'il est question du délit d'abandon de famille pour non versement de la pension relative à l'entretien de l'enfant<sup>3</sup>. Ainsi une concubine qui a des enfants ne peut rien réclamer pour elle-même en l'absence de devoir entre concubins. Elle peut en revanche solliciter du juge aux affaires familiales la condamnation du père à verser une pension alimentaire pour chacun des enfants<sup>4</sup>.

En matière de PACS, la solution est identique, alors même qu'il est prévu à l'article 515-4 du code civil que les partenaires s'engagent « à une aide matérielle et une assistance réciproque. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leur faculté respective ». Aussi pour X. LABBÉE cette référence à « l'aide matérielle » n'étant pas sans rappeler la « contribution aux charges du mariage » (article 214 du code civil) et le « devoir de secours » (article 212 du code civil), il n'était pas inutile de s'interroger sur la possibilité de rattacher cette « aide matérielle » à l'obligation alimentaire à l'origine du délit d'abandon de famille.

Si pour Ph. MALAURIE un tel rattachement est possible « en tant que de raison »<sup>5</sup>, X.LABBÉE considère qu'il est impossible en l'état. Il fonde sa conclusion sur le fait que le PACS n'engendre pas de rapport d'alliance, ce qui empêche d'appliquer aux partenaires du PACS certaines dispositions applicables aux époux (ex : inapplication aux Pacsés des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens ; inapplication aux Pacsés de l'obligation alimentaire envers les « beaux parents »<sup>6</sup> qui existe pour les époux...). Par ailleurs, la lettre même du texte empêche (comme pour le concubinage) une application de l'article 227-3 du code pénal aux partenaires d'un PACS en application du principe d'interprétation stricte. Dans l'article 227-3 sont en effet employés les termes « *décision de judiciaire* » et non acte notarié ; « *conjoint* » et non partenaires. Il convient enfin d'ajouter qu'étaient visées dans ce

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 septembre 2008, n° 06-11.294

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 2006, n° 04-10.684

<sup>3</sup> Cass. Crim. 4 juin 2008, n° 07-87697

<sup>4</sup> X. Labbé « *L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ?* » JCP G n°42, 15 octobre 2008, I 197

<sup>5</sup> Ph. Malaurie, *La famille*, Défrenois, 2006, p. 196

<sup>6</sup> Article 206 et 207 du code civil

même article les obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du livre Ier du code civil<sup>1</sup>, alors que le PACS est défini au titre XII du livre Ier de ce code.

Ainsi force est de conclure que la non exécution d'un contrat de PACS pendant plus de deux mois ne peut constituer un abandon de famille.

Toutes ces interrogations relatives à l'étendue du délit d'abandon de famille sont cependant aujourd'hui désuètes. En effet la question semble s'être déplacée pour se situer désormais sur la survivance du délit d'abandon de famille concernant le couple.

## **II – Interrogation sur la disparition de l'incrimination de l'abandon de famille entre époux**

La loi du 12 mai 2009<sup>2</sup> dite loi de simplification et de clarification du droit, a opéré en droit pénal plusieurs modifications dont l'une semble être passée inaperçue, alors même qu'elle suscite de nombreuses interrogations. En effet, cette loi de 2009 a procédé à une modification de l'article 227-3 qui n'est pas des moindres, puisqu'elle a assurément exclu le couple de son champ d'application (A). Si les conséquences qu'il faut tirer de ce texte sont claires et que cette suppression ne fait aucun doute, il convient néanmoins de relativiser cette dernière car il apparaît qu'elle soit plus le fait d'une erreur du législateur que l'expression de sa volonté (B).

### ***A- Le couple exclu du champ d'application de l'article 227-3 du code pénal***

Les modifications apportées par la loi du 12 mai 2009 ne concernent pas les éléments constitutifs du délit, mais la condition préalable relative à l'existence d'une décision judiciaire ou d'une convention judiciairement homologuée prenant appui sur une obligation familiale. Comme nous l'avons vu *supra*, avant la modification de 2009, le texte visait les obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du code pénal.

Or la loi du 12 mai 2009 a énoncé dans son article 133, III : « Au premier alinéa de l'article 227-3 du code pénal, les références : « les titres V, VI ; VII et VIII » sont remplacées par la référence : « le Titre IX ».

---

<sup>1</sup> Rédaction antérieure à la loi du 12 mai 2009

<sup>2</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009

Ainsi, les seules prestations désormais susceptibles de servir de fondement au délit d'abandon de famille sont celles du Titre IX, la loi ayant rajouté la référence à ce titre et supprimé celle des titres V à VIII.

Si l'ajout de la référence au Titre IX était attendue et venait combler une lacune juridique, la suppression des autres titres ne semble inspirer que la critique.

Cette loi du 12 mai 2009 était en effet attendue en ce qu'elle devait réparer les méprises résultant d'une précédente loi en date du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale. En effet, cette loi du 4 mars 2002 avait transféré les dispositions relatives aux conséquences du divorce et de la séparation pour les enfants<sup>1</sup> dans le titre IX du livre I du code civil. Elle avait ainsi abrogé les articles 287 à 295 du code civil et réécrit le Titre IX du code civil par ajout de nouvelles dispositions afin de former un ensemble de règles applicables aux parents ayant été mariés et non mariés<sup>2</sup>. L'erreur du législateur a consisté à ne pas modifier l'article 227-3 en conséquence. Ainsi ce Titre IX relatif à l'autorité parentale n'était pas visé à l'article 227-3 du code pénal, ce qui engendrait certaines incohérences<sup>3</sup>.

Cette erreur fut donc réparée avec la loi du 12 mai 2009, par l'ajout du titre IX dans l'article 227-3 du code pénal. Mais à quel prix ?

En effet, au lieu d'ajouter une référence à l'article 227-3 du code pénal, le législateur en 2009 a supprimé toutes les autres pour les remplacer par la nouvelle. Or une telle suppression n'est pas sans entraîner de lourdes conséquences. Ainsi n'entrent plus dans le champ de l'incrimination l'inexécution des obligations entre époux ou entre ex-époux, ces dernières étant prévues aux Titres V et VI (ex : prestation compensatoire due à la suite d'un divorce et prévue par les articles 270 et suivants du code civil donc au Titre V du Livre I). Il en est de même de l'inexécution par les époux de l'obligation qu'ils ont contracté ensemble, par le seul fait du mariage, d'entretenir leurs enfants (ces obligations étant inscrites dans le Titre V) ou encore du non paiement des subsides auxquelles une personne avait été condamnée au titre de l'action aux fonds de subsides (cette dernière trouvant son fondement dans l'article 342 du code civil et donc au Titre III du Livre I).

---

<sup>1</sup> Articles 287 à 295 du code civil

<sup>2</sup> Le but de cette loi de 2002 était de dissocier le sort de l'enfant de la condition juridique de ses parents et de regrouper dans un même titre les dispositions relatives à l'autorité parentale, formant ainsi un ensemble de règles applicables à tous les enfants indépendamment de la nature de leur filiation.

<sup>3</sup> En effet, toutes les condamnations au paiement d'une pension alimentaire au profit d'un enfant dont les parents sont divorcés ou séparés échappaient désormais au champs d'application du délit, alors que dans le même temps d'autres prestations de même nature restaient punissables (par exemple pour le paiement d'une pension due à un enfant dont les parents sont encore mariés)

Par ailleurs, cette erreur du législateur peut conduire à des effets redoutables pour les défauts de paiement intervenu avant 2009 et qui n'ont pas encore donné lieu à une décision définitive, puisque la loi du 12 mai 2009 fait de l'article 227-3 du code pénal une incrimination plus douce et donc applicable de façon rétroactive<sup>1</sup>.

La loi du 12 mai 2009 exclut donc sans conteste le couple du champ d'application de l'article réduisant considérablement la protection accordée par le droit pénal à l'un des membres du couple, victime du défaut de solidarité de l'autre. Et F. GAUVIN de considérer à propos de cette loi que : « *les sénateurs semblent avoir oublié que les obligations familiales pouvant être le support du délit d'abandon pécuniaire de famille sont bien plus nombreuses que les seules pensions alimentaires dues aux enfants à la suite d'une séparation de leurs parents*<sup>2</sup> ».

### ***B- La proposition de loi du 2 décembre 2009***

Il apparaît néanmoins que la suppression des Titres V à VIII dans l'article 227-3 du code pénal soit plutôt l'objet d'une erreur du législateur que l'illustration de sa volonté de restreindre le champ de la répression pénale au domaine de l'autorité parentale. Comme le relève très justement S. MIRABAIL<sup>3</sup>, si telle avait été la volonté du législateur il lui aurait fallu à des fins de cohérence supprimer de l'incrimination d'abandon de famille, d'une part, la référence aux ascendants et au conjoint car ni l'un ni l'autre ne sont créanciers des obligations familiales visées au titre IX, et, d'autre part, la référence aux subsides et prestations de toute nature afin de ne laisser que le terme de contribution qui est le seul adapté.

Il pouvait donc exister des doutes quant à la volonté du législateur, mais ces doutes ont été levés par la proposition de loi sur la simplification du droit en date du 2 décembre 2009<sup>4</sup>. Ainsi à l'article 111 bis de cette proposition est-il prévu de modifier à nouveau l'article 227-3 du code pénal. Il est proposé de supprimer toute référence à certains titres du code civil dans les conditions préalables au délit d'abandon de famille. Ainsi dans l'article 227-3 il ne serait plus fait référence qu'aux « obligations familiales prévues par le code civil ».

---

<sup>1</sup> Article 112-1 al. 3 du code pénal

<sup>2</sup> F. Gauvin « *De l'obscure clarification du droit. A propos du délit d'abandon pécuniaire de famille* » JCP G n° 6, 8 février 2010, 141

<sup>3</sup> S. Mirabail « *Abandon de famille : simplification ou destruction ?* » D. 2010 p. 397

<sup>4</sup> AN, TA n° 376, 2 décembre 2009, première lecture

Cette proposition de loi si elle était adoptée en l'état, conduirait donc à ramener le couple marié dans le champ d'application du délit d'abandon de famille.

La question aurait même pu se poser de savoir si, une fois toute référence à certains Titres du code civil supprimée, il n'était pas possible d'étendre l'incrimination d'abandon de famille aux couples Pacsés. Cependant il semble qu'il demeure dans la rédaction de l'article 227-3 des obstacles à cette extension. Ainsi il ne sera toujours fait référence qu'au « conjoint » et non au partenaire, de même le texte dans sa nouvelle version parle toujours de décision judiciaire ou de convention judiciairement homologuée. Si une telle extension n'est donc pas encore possible, d'autres arguments annoncent qu'elle pourrait l'être bientôt. Ainsi la loi du 12 mai 2009 a-t-elle par ailleurs instauré un nouvel article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire, qui fait du JAF le juge de toutes les conjugalités. En effet, cet article dispose que le JAF connaît désormais « *des actions liées...à la fixation...de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité* ». C'est donc désormais le juge aux affaires familiales qui peut déterminer le montant de l'aide matérielle due entre partenaires, ce qui lève un des obstacles à l'application de l'article 227-3 du code pénal aux partenaires d'un PACS. Alors même que cette loi du 12 mai 2009 est passée quasiment inaperçue, elle est porteuse de réformes capitales pour le couple, annonçant l'élaboration d'un droit commun du couple, droit commun aux différentes formes de conjugalités<sup>1</sup>. Un problème demeure néanmoins dans l'extension de l'article 227-3 au PACS, l'article en question parle « d'obligation alimentaire », or cette obligation découle du devoir de secours qui existe entre époux, et ce devoir n'existe pas entre partenaires, le PACS ne créant pas de lien d'alliance<sup>2</sup>. Ainsi en l'état de notre droit, il semble que le juge ne puisse conférer au devoir matériel entre partenaires un caractère alimentaire qu'il n'a pas<sup>3</sup>, ce qui s'oppose encore à l'application de l'article 227-3 aux partenaires d'un PACS.

S'il semble qu'en définitive le couple se verra bientôt réintégré dans le champ d'application de l'article 227-3 du code pénal même si ce n'est pas encore le cas aujourd'hui, il n'en reste pas moins que toutes ces lois semblent bien être l'expression d'un travail législatif « trop vite pensé, trop vite écrit »<sup>4</sup>. Et F. Gauvin de s'interroger ainsi : « Pourrons nous longtemps nous

---

<sup>1</sup> X. Labbée « *La judiciarisation du PACS et du concubinage* » D. 2009 p. 2053

<sup>2</sup> Le lien d'alliance est la source de l'obligation alimentaire

<sup>3</sup> X. Labbée « *La judiciarisation du PACS et du concubinage* » D. 2009 p. 2053

<sup>4</sup> F. Gauvin « *De l'obscure clarification du droit. A propos du délit d'abandon pécuniaire de famille* » JCP G n° 6, 8 février 2010, 141

satisfaire d'un système, déjà caractérisé par une inflation législative certaine et un art consommé du vote de lois de circonstance, dans lequel chaque nouvelle loi viendrait en partie réparer les mépris des précédentes, lesquelles tâcheraient déjà d'effacer les erreurs des textes antérieurs ».

## CONCLUSION

### **Comment le droit pénal appréhende-t-il cette notion civile et protéiforme qu'est le couple ?**

Telle est la question à laquelle nous avons tenté de répondre tout au long de ce mémoire. Arrivés au terme de celui-ci il semble qu'il faille conclure que c'est avec une grande diversité que le droit pénal procède à une telle appréhension.

Que ce soit les valeurs sociales qu'il entend protéger, les personnes qu'il appréhende, les rapports qu'il entretient avec le droit civil, les conséquences de son intervention... il n'est pas de généralité dans l'appréhension qui est faite du couple par le droit pénal.

En effet, les dispositions pénales peuvent tout aussi bien concerner le couple dans son plus large aspect (mariage, concubinage, PACS), comme elles peuvent ne concerner que le couple marié. De même, alors que dans certains cas le droit pénal vient au soutien du droit civil afin de le renforcer ou de le compléter, dans d'autres cas il est en opposition avec les règles civiles marquant une certaine autonomie. Par ailleurs, les règles pénales dans leur appréhension du couple peuvent viser le couple dans sa globalité, comme elles peuvent ne viser que l'un des membres du couple ou encore viser un tiers.

Par ailleurs, l'objet même de l'intervention du droit pénal est empreint d'une grande diversité. Alors que parfois le droit pénal aggrave les sanctions attachées à une infraction de droit commun (en matière d'atteintes à l'intégrité physique), d'autres fois il crée des infractions propres à l'appréhension du couple (mariage frauduleux, abandon de famille...). Il arrive encore que le droit pénal ne tire aucune conséquence de la relation particulière qui existe entre les membres d'un couple afin de pouvoir appréhender l'un de ces membres au titre d'infractions de droit commun (proxénétisme, atteinte à la vie privée...). Enfin, il se peut également que le droit pénal se retire volontairement, se mette en retrait face aux liens qui existent au sein d'un couple.

Cette diversité se doit d'être saluée, tant il n'est pas chose aisée d'appréhender une notion aussi complexe que celle de couple. Ainsi ce n'est que par le truchement d'une telle diversité que le droit pénal peut parvenir à une appréhension proportionnée, mesurée, nécessaire et utile, ce dernier ne devant jamais intervenir au-delà de ces limites.

Par ailleurs, l'appréhension qui est faite du couple par le droit pénal est également diversifiée en ce qu'elle est évolutive. En effet, le droit pénal n'a de cesse, afin de régir au mieux les rapports sociaux, de s'adapter aux évolutions de la société, aux évolutions des mœurs...

Ainsi, alors que depuis la loi du 11 juillet 1975 (l'article 17) l'adultère ne constitue plus une infraction pénale (abrogation des articles 336 à 339 de l'ancien code pénal relatifs à l'adultère), la répression des violences au sein du couple ne cesse de s'élargir (loi du 22 juillet 1992, loi du 4 avril 2006, proposition de loi de 2009 adoptée en première lecture à l'Assemblée Nationale le 25 février 2010) afin de répondre à un véritable fléau propre à notre temps.

## BIBLIOGRAPHIE

### Textes et lois :

- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1798
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950
- Loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile
- Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs
- Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration
- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit
- Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes enregistrée à l'AN le 27 novembre 2009
- Proposition de loi visant à interdire le versement des prestations familiales aux foyers polygames enregistrée à l'AN le 5 février 2010

### Ouvrages :

- A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J 2009
- A. BENABENT, *La famille*, 11<sup>e</sup> éd., Litec
- G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd. 2003
- P. COURBE, *Droit de la famille*, Sirey 2008
- D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz 2008
- V. MALABAT, *Droit pénal spécial* 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz
- Ph. MALAURIE, *La famille*, Défrenois, 2006
- Y. MAYAUD *Droit pénal général* 2<sup>ème</sup> éd. 2007

R. MERLE et A. VITU *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. VITU, Cujas, 1982, t.2

C. RENAULT BRAHINSKY *Droit de la famille*, Gualino 2006

M. VERON *Droit pénal spécial*, 12<sup>ème</sup> éd.

R. VOUIN, *Droit pénal spécial*, 3<sup>e</sup> éd.

### Doctrines :

F. ALT-MAES « *Le PACS à l'épreuve du droit pénal* » JCP G n°48, 29 novembre 2000, I 275

J. AMAR « *PACS et immunités familiales* » Droit pénal, octobre 2000

H. ANGEVIN, note sous Crim 5 sept. 1990, D. 1991 p.13

G. ANDREO « *Bigamie et double ménage* » RTD Civ. 1991 p. 263

A. BOURRAT-GUEGUEN « *Les incidences du PACS en droit pénal* » in *Des concubinages*, p. 221, 222

J. CARBONNIER « *Terre et ciel dans le droit français du mariage* », Mélanges Ripert, 1950, t. I

B. CHAPLEAU « *La pénalisation de la transmission du VIH par voie sexuelle* » Droit pénal n°10, 2006, étude 18

I. CORPART « *Inapplicabilité de l'article 220-1 du Code civil : les lacunes du dispositif de protection civile des concubins subissant des violences « conjugales* » Droit de la famille n°7, Juillet 2006, comm. 141

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ « *Impressions et recherches sur les fautes et causes de divorces* », D. 1985. Chron. 219

J-P DOUCET, note sous Crim. Septembre 1990, Gaz. Pal. Fév. 1991 p. 58

F. GAUVIN « *De l'obscur clarification du droit. A propos du délit d'abandon pécuniaire de famille* » JCP G n° 6, 8 février 2010, 141

L. GEBLER « *La production et la communication des pièces* » AJ famille 2009, p. 368

P. GUIHO « *Acquisition de la nationalité française par mariage : la bigamie, obstacle à l'assimilation à la communauté française* » D. 1995, p. 108

T. HASSLER « *La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale* » RSC 1983/3, p. 437

J. HAUSER « *viol entre époux* » RTD Civ. 1991

R. KOERING-JOULIN « *Viol entre époux et immunité conjugale en droit de Common Law* » RSC 1996 p. 473

X. LABBEE « *Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation* » AJ Fam. 2008

X. LABEE, « *Le ministre et les violences dans le couple* » D. 2009 p. 2814

X. LABBEE « *L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ?* » JCP G n°42, 15 octobre 2008, I 197

X. LABBEE « *La judiciarisation du PACS et du concubinage* » D. 2009 p. 2053

X. LABBEE « *Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation* » AJ Fam. 2008 p. 112

B. LAMY (de) « *Transmission volontaire du virus VIH* » Droit de la famille n°4, Avril 2006, comm. 101

V. LARRIBAU-TERNEYRE « *Pas trop de zèle, messieurs les officiers d'état civil* » Droit de la famille n° 3, mars 2007, comm. 53

J. LEBLOIS-HAPPE « *L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple* » AJ Famille 2004, p. 17

J-L LEMOULAND « *La bigamie est un empêchement bilatéral* » D. 2003, p. 1935

A. LEPAGE « *Droit pénal et conscience* » Droit pénal, janvier 1999, p.4

A-M LEROYER « *Loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* » RTD Civ. 2006 p. 402

G. LEVASSEUR « *Viol perpétré par le mari sur sa femme* » RSC 1991 p.348

G. LEVASSEUR « *Viol de l'épouse par son mari* » RSC 1993, p. 107

J-P. MARGUENAUD « *Stigmatisation européenne du viol entre époux* », RTD Civ. 1996 p. 521

J. MASSIP « *L'audition des futurs époux avant la célébration d'un mariage et la responsabilité des services de l'état civil* » La semaine juridique Administration et Collectivités territoriales n° 43, 22 octobre 2007, 2272

Y. MAYAUD « *Perte et violation de domicile conjugal* » RSC 1997, p. 382

Y. Mayaud « *Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou de faux débats sur l'animus necandi* » RSC 1998 p.98

Y. MAYAUD « *Des poursuites renouvelables en cas d'abandon prolongé* » D. 2000 p. 36

D. MAYER, « *Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 23 décembre 1980* » D. 1981. Chron.283

S. MIRABAIL « *Administration de substance nuisible* » D. 2006 p. 1653

S. MIRABAIL « *Abandon de famille : modification rétroactive de la décision civile servant de support à l'incrimination* » D. 2003 p. 171

S. MIRABAIL « *Abandon de famille : simplification ou destruction ?* » D. 2010 p. 397

P. MISTRETTA « *Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal* » Revue de droit sanitaire et sociale 2005 p. 415

N. MONACHON DUCHENE « *L'obligation alimentaire devant le juge pénal...et l'abandon de famille devant le JAF* » JCP G, n°36, 6 septembre 2006, I 165

P. MOUSSERON « *Les immunités familiales* » RSC 1998, p. 291

P. NUSS « *La condamnation par la CEDH du viol entre époux* » Gaz. Pal. Juillet 1997, p.6

A. PROTHAIS, « *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal* » D. 2006, p.1068

M-L. RASSAT « *La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* » D. 1993 p.117

M. REBOURG « *Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* », JCP G n° 16, 19 avril 2006, act. 173

M. REYDELLET « *Les délits d'aide à l'étranger en situation irrégulière* » D. 1998, P. 148

T. REVET « *De l'ordre des célébrations civiles et religieuses du mariage* », JCP G 1987 doct. n° 3309

J. SAINTE-ROSE et A. DEVERS « *Le mariage contracté à l'étranger, en état de bigamie, n'a pas d'effet en France* » JCP G n°3, 15 janvier 2003, II 10007

M. VERON « *Violences commises par l'ancien concubin de la victime* » Droit pénal n° 7, Juillet 2009, comm. 93

M-F. VIEVILLE-MIRAVETE « *La circonstance aggravante d' « ex » en matière de violence au sein du couple* », Droit pénal n° 2 Février 2009, étude n°4

D. VIRIOT-BARRIAL « *Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* » D. 2006, p. 2350

### Sites internet :

[www.senat.fr](http://www.senat.fr)

[www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.nouvelobs.com](http://www.nouvelobs.com)

[www.insee.fr](http://www.insee.fr)

## TABLE DES MATIERES

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>2</b>
<b>LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....</b>	<b>3</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>6</b>
<i>Section 1 – La famille, un phénomène aux évolutions marquées .....</i>	<i>7</i>
<i>Section 2 – Au cœur du phénomène familial : le couple.....</i>	<i>10</i>
<b>Partie 1 – Les infractions au sein du couple et le droit pénal .....</b>	<b>16</b>
<i>Chapitre 1 – Le couple : circonstance aggravante d’infractions de droit commun .....</i>	<i>17</i>
Section 1 – L’appréhension des violences au sein du couple.....	17
I - Une protection étendue en raison de la valeur sociale protégée : l’intégrité physique .....	18
A- Les acquis de la loi du 4 avril 2006 .....	19
1) La répression antérieure à 2006.....	19
2) Les avancées de la loi du 4 avril 2006.....	20
B- Les propositions de loi de 2009.....	25
II - Une protection évolutive en lien avec le droit civil .....	28
A- Un dispositif civil lacunaire : l’éviction du domicile .....	28
1) Le droit pénal en renforcement du droit civil.....	28
2) Les lacunes et les évolutions vers un droit commun des couples.....	30
B- Un dispositif civil suffisant : la lutte contre les mariages forcés .....	32
1) Le renforcement du consentement.....	32

2) L'accessibilité accrue à l'action en nullité.....	33
Section 2 – Les agressions sexuelles au sein du couple.....	34
I – Le viol entre membres du couple .....	34
A- Une reconnaissance jurisprudentielle progressive .....	35
1) La jurisprudence interne.....	35
2) La jurisprudence européenne.....	38
B- La consécration législative.....	40
II – La transmission du VIH entre membres du couple .....	43
A- Une jurisprudence établie au fondement discutable.....	43
B- Les fondements alternatifs.....	46
<i>Chapitre 2 – Le couple : d'une circonstance indifférente à un obstacle aux poursuites pénales.....</i>	<i>50</i>
Section 1 – Le couple, un obstacle aux poursuites pénales.....	50
I- Les immunités familiales : une prise en compte effective du couple .....	50
A- La disparition de l'immunité conjugale .....	50
B- Les immunités familiales dans le domaine patrimonial .....	53
1) Le domaine de l'immunité .....	53
2) Les effets juridiques de l'immunité .....	54
II – Les immunités familiales : une prise en compte relative du couple.....	57
A- Un droit pénal en accord avec les évolutions sociétales.....	58
B- Un droit pénal hermétique aux évolutions du droit civil .....	59
Section 2 – Le couple, un facteur indifférent à la constitution de l'infraction .....	60
I- Le proxénétisme, un délit applicable au sein du couple .....	61
A- Une application à des fins de protection et de répression .....	61
B- Une manifestation de l'autonomie de la loi pénale .....	63
II- Des délits en matière d'atteinte à la vie privée applicables au sein du couple.....	66
A- La violation du secret des correspondances dans le couple .....	66
1) Le principe.....	66

2) La justification.....	68
B- La violation de domicile applicable au domicile conjugal .....	70
<b>Partie 2- Les infractions contre le couple et le droit pénal.....</b>	<b>75</b>
<i>Chapitre 1 – Le couple : une institution entourée par le droit pénal.....</i>	<i>76</i>
Section 1 – Un contrôle relatif à l’utilisation de l’institution.....	76
I- Un droit de regard du pénal sur la formation du couple.....	76
A – Les infractions qui sanctionnent les membres du couple directement .....	76
B- Les infractions qui sanctionnent les tiers .....	78
II- Une appréhension limitée du droit pénal sur la formation du couple.....	80
A – Le droit pénal en renfort du dispositif civil.....	81
B- Une appréhension limitée quant au domaine et aux acteurs concernés .....	84
Section 2 – Un contrôle relatif à l’image sociale de l’institution .....	87
I – La sanction pénale de l’époux bigame.....	87
A – Les fondements de cette répression .....	88
1) Aux origines de la répression.....	88
2) Une répression au soutien du dispositif civil.....	89
B – La constitution de l’infraction.....	90
II- Une sanction empreinte de sévérité .....	92
A- Une sévérité à relativiser.....	93
B - Une sévérité toujours présente.....	94
1) L’atteinte à un droit fondamental : la liberté de se marier .....	94
2) Le retentissement sur le contenu et les modalités d’application de certaines peines. ....	96
<i>Chapitre 2 – Le couple : un socle familial protégé par le droit pénal.....</i>	<i>98</i>
Section 1 – Une protection par le truchement des immunités familiales en matière d’atteintes à l’autorité publique .....	98
I - Une protection élargie.....	98
A- Le domaine de l’immunité.....	99

B- L'effet juridique de l'immunité.....	100
1) Le principe.....	100
2) Les justifications.....	102
II- Une protection croissante .....	105
A- Les évolutions issues de la réforme du code pénal.....	105
B- Les évolutions postérieures au code pénal de 1994 .....	107
Section 2 – Une protection par le truchement de l'abandon de famille.....	109
I - L'étendue de l'incrimination d'abandon de famille.....	110
A- Le délit d'abandon de famille et les infractions connexes .....	110
1) Les éléments constitutifs de l'infraction.....	110
2) Une infraction sévèrement réprimée .....	112
B- Une protection limitée à une conception étroite du couple.....	113
II – Interrogation sur la disparition de l'incrimination de l'abandon de famille entre époux .	115
A- Le couple exclu du champ d'application de l'article 227-3 du code pénal .....	115
B- La proposition de loi du 2 décembre 2009.....	117
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>120</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>122</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>126</b>