

Université Claude Bernard – Lyon I
Année 1999

LE VIOL INCESTUEUX, « crime insaisissable »

Réflexions à partir de l'étude de 12 dossiers judiciaires

Céline NADJAR-MARION & Maud OLINET

Mémoire pour l'obtention du Diplôme Inter-Universitaire de Victimologie.
Sous la direction du Professeur Liliane Daligand.

« La loi est une parole qui sépare et qui crée la réalité. Mais quels repères a-t-on lorsque l'on prend une grand-mère pour une mère, un frère pour un père ? Cela renvoie à la question fondamentale : Qui suis-je ? Quelle place ai-je ? Cet état de non-être est une brèche propice et nécessaire au crime d'inceste (...). Mais je ne peux pas parler d'inceste. Mon discours serait illégitime. Ce crime est insaisissable ! »

Extrait du réquisitoire de l'Avocat général près la Cour d'appel de Lyon – Cour d'assises, 11 décembre 1998

SOMMAIRE

TITRE 1 LA VICTIME DE VIOL INCESTUEUX, VICTIME DU DROIT PENAL

**CHAPITRE 1 LES LACUNES DU DROIT PENAL FACE AUX
VICTIMES**

CHAPITRE 2 LES REMEDES AUX CARENCES DU DROIT

TITRE 2 LA VICTIME DE VIOL INCESTUEUX, VICTIME DE LA PROCEDURE PENALE

**CHAPITRE 1 LA SPECIFICITE DE LA PROCEDURE PENALE
FACE AUX VICTIMES MINEURES**

**CHAPITRE 2 LA RECONNAISSANCE INACHEVEE DE LA
VICTIME**

INTRODUCTION

« La toute première fois que j'ai touché à l'une de mes filles, c'est quand la plus vieille, âgée de treize ans, m'a demandé de l'aider alors que l'agrafe de son soutien-gorge s'était accrochée à son chandail. J'en ai profité et cela a duré plusieurs années. »¹

La réalité d'un inceste éveille en nous des sentiments et des émotions qui ébranlent nos repères et nous renvoient au registre de l'innommable et de l'impensable. Plus encore, le terme « inceste » contient en lui-même la notion d'impureté : est-il nécessaire de rappeler qu'il provient du latin *incestus*, « non chaste », signifiant que furent consommées des relations sexuelles entre un homme et une femme, parents et alliés, à un degré qui entraîne la prohibition du mariage². Par « relations sexuelles », on entend non seulement des actes de pénétration mais également des actes sexuels de toute nature.

« L'interdit majeur »³ a toujours existé. Il a néanmoins évolué selon les époques et selon l'histoire de chaque civilisation.

Avant la séparation de l'Eglise et de l'Etat, le droit canonique qualifiait l'inceste de « crime odieux, inhumain, contre nature ». En effet, il punissait les deux protagonistes qui avaient péché de mort cruelle : l'homme était pendu et la femme enterrée vive.

Depuis l'institution du Code pénal de 1810, le crime d'inceste a perdu sa spécificité. En effet, était incriminé uniquement le viol par ascendant avec violence, ce qui laissait dans l'ombre le viol sans violence apparente qu'est le plus souvent – nous le verrons – le viol incestueux.

Il a fallu attendre la loi⁴ du 23 décembre 1980 afin que soit pris en compte le crime de viol sans violence apparente par le biais de la « contrainte » et de la « surprise »⁵. Le nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 y a ajouté la « menace ».

Mais le viol incestueux n'est toujours pas érigé en infraction spécifique. Il est fondu au sein de l'incrimination générale de viol et ne s'en distingue que par la reconnaissance d'une simple circonstance aggravante.

¹ Témoignage d'un père incestueux (dossier judiciaire (D.J.) n°9)

² Larousse, Dictionnaire de la langue française

³ B.d'Astorg

⁴ Loi n°80-1041

⁵ Article 332 de l'ancien Code pénal

Si, dans l'histoire de l'humanité, on trouve partout une constance de l'interdit, il existe néanmoins des variations quant au degré de prohibition de l'inceste.

Ainsi, dans certaines régions d'Afrique, à Madagascar et au Pérou par exemple, les mariages entre frères et sœurs sont admis dans certaines castes.

De même, certaines sociétés tolèrent et même recommandent l'union incestueuse de certaines classes sociales ou de certaines corporations. Il s'agit généralement d'unions à l'intérieur de familles princières ou aristocratiques. Par exemple, dans une même lignée, des alliances engendrèrent des descendance chez les Habsbourg et les Bourbons.

Il en est également ainsi chez les pharaons : Cléopâtre, issue de douze générations d'inceste, épousa successivement ses deux frères cadets. Ainsi, la pureté d'une dynastie devait se caractériser par la permanence d'un sang « royal ».

A contrario, le Coran⁶ interdit l'union entre frères et sœurs, entre tantes et neveux, entre oncles et nièces et entre mères et fils.

De même, dans l'Ancien Testament, le Lévitique⁷ énumère les unions prohibées :

« La nudité de ton père et la nudité de ta mère, tu ne les découvriras pas (...)

La nudité de la fille de ta sœur, fille de ton père ou fille de ta mère, tu ne la découvriras pas : c'est la nudité de ton père.

La nudité de la fille de ton fils ou de la fille de ta fille, tu ne découvriras pas leur nudité, car elles sont ta nudité. (...)

(...) Ce serait impudicité. »

Ainsi, « ceux qui croient à un plan divin du peuplement humain à partir d'un couple primordial, comment imaginent-ils que la continuité ait pu s'établir après la deuxième génération, hors l'hypothèse de l'union du père avec sa fille (...), ou de la mère avec son fils, ou du frère avec sa sœur ? »⁸. L'inceste, partie du plan divin ?

En outre, le châtement d'Œdipe rappelle qu'un humain ne défie pas impunément les lois divines. En découvrant le secret de sa naissance, son parricide et son inceste, Œdipe se creva les yeux et fut banni de Thèbes, tandis que sa mère – et épouse – Jocaste se pendait.

Par conséquent, la prohibition de l'inceste est une donnée relative. Toutefois, dans l'état actuel de nos connaissances, il semble que toutes les sociétés interdisent l'union du père et de la fille, de la mère et du fils.

Aujourd'hui, la constance de l'inceste s'apprécie notamment à travers les statistiques du Ministère de la Justice : 20% des procès d'Assises concernent des affaires d'inceste. L'ampleur du phénomène est sans doute à la hauteur de l'intensité des troubles individuels et sociaux qu'il engendre.

⁶ Coran, Sourate IV, Verset 23.

⁷ Lévitique 18

⁸ Réflexion de B.d'Astorg, *Variations sur l'interdit majeur*, Littérature et inceste en Occident, Ed. Gallimard, 1990

Traumatisée par l'inceste – dont le viol est l'expression la plus tragique – la victime souffre de surcroît d'un double handicap : elle est tenue en lisière du processus judiciaire et du droit pénal, ce qui constitue autant de facteurs de survictimation.

C'est pourquoi nous tenterons, à travers l'étude pratique de douze dossiers judiciaires⁹ (cf. *Annexe 1*), de remédier aux carences du droit pénal face aux victimes de viol incestueux (Titre 1) et de donner à la victime sa place dans la procédure pénale (Titre 2).

⁹ Cinq dossiers jugés par la Cour d'Assises (Rhône et Isère), cinq dossiers en cours d'instruction et deux enquêtes diligentées par la Brigade de protection de l'enfance et de lutte contre les agressions sexuelles de Lyon. (Pour le lien de parenté des auteurs avec les victimes, cf. *Annexe 1*, p.43)

TITRE 1 LA VICTIME DE VIOL INCESTUEUX, VICTIME DU DROIT PENAL

« Pour une femme ou une adolescente, il y a plus de risques d'être victime (...) de viol à son domicile qu'en sortant dans la rue...Il en est de même pour un enfant. Si le législateur et les médias semblent penser que le danger vient du pédophile kidnappeur, extérieur à la famille, tous les professionnels savent bien qu'on trouve la plupart des abuseurs en son sein. »¹⁰

Pourtant, il est frappant de constater que, malgré la réforme du Code pénal, le législateur continue à refuser l'emploi du terme inceste alors que c'est bien d'inceste qu'il s'agit.

L'inceste ne fait donc pas l'objet d'une incrimination spécifique mais se trouve éparpillé et noyé dans d'autres qualifications : il est considéré comme circonstance aggravante du crime de viol¹¹, comme une circonstance aggravante du délit d'agression sexuelle¹², enfin comme circonstance aggravante du délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans¹³. Il n'est élément constitutif de l'infraction que lorsqu'il s'agit d'une atteinte sexuelle sur mineur de dix-huit ans par ascendant¹⁴.

Il peut paraître paradoxal de constater que ce n'est que dans ce dernier cas que le lien incestueux est reconnu comme fait générateur de l'incrimination alors qu'il ne l'est pas dans l'incrimination de viol incestueux, infraction éminemment plus grave.

Alors « comment dire la loi qui ne dit pas l'inceste ? »¹⁵. La méconnaissance de la spécificité de ce crime n'est-elle pas un facteur de survictimation des victimes de viol incestueux ?

Notre droit est-il trop pudique ou lacunaire face au crime de viol incestueux ? (Chapitre 1) Des remèdes à ces carences semblent nécessaires pour contribuer à replacer les victimes « dans l'humanité »¹⁶ (Chapitre 2).

¹⁰ C.Guéry, *L'inceste : étude de droit pénal comparé*, Recueil Dalloz 1998, Chronique p.47

¹¹ Article 222-24 4° du Code pénal

¹² Article 222-28 2° du Code pénal

¹³ Article 227-26 1° du Code pénal

¹⁴ Article 227-27 1° du Code pénal

¹⁵ Monsieur l'Avocat général Coste près la Cour d'appel de Lyon

¹⁶ Docteur Barlet (médecine pénitentiaire)

CHAPITRE 1 LES LACUNES DU DROIT PENAL FACE AUX VICTIMES

L'inceste et la loi

En droit français, aucun article de loi ne traite explicitement de l'inceste. Toutefois, l'inceste est implicitement appréhendé par le Code civil et par le Code pénal.

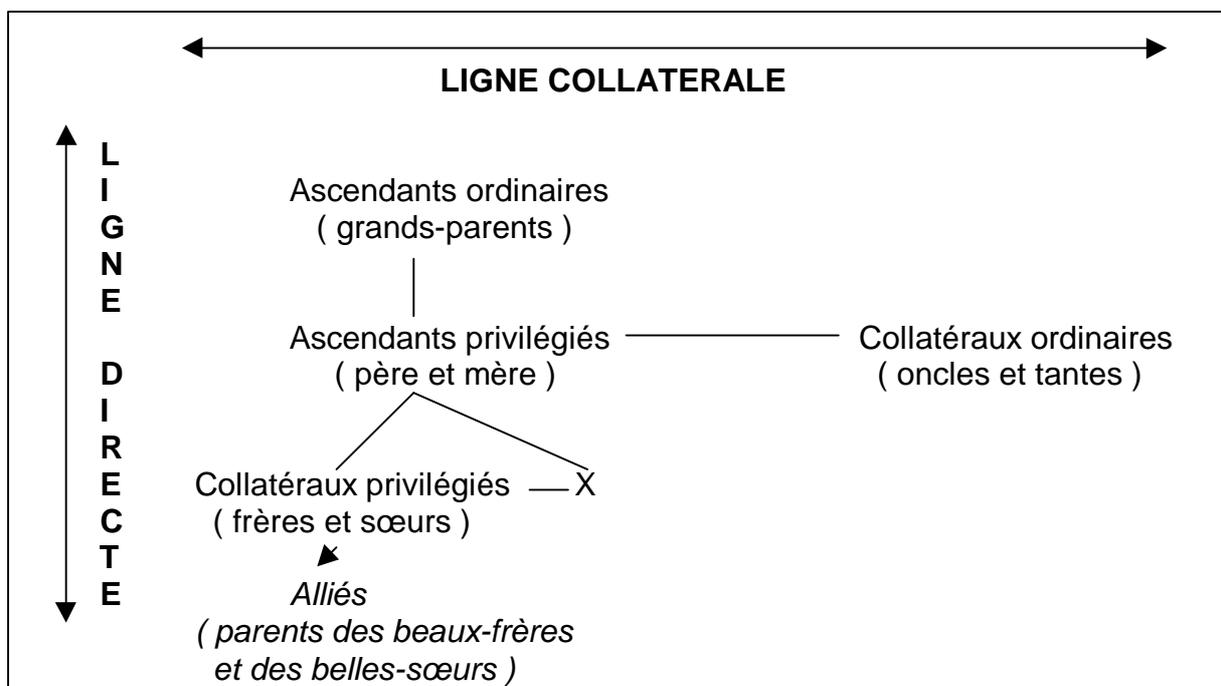
En effet, l'inceste est défini – de manière indirecte – par le Code civil qui énumère les empêchements à mariage :

- « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne »¹⁷.

L'ascendant est considéré comme la personne dont un individu est juridiquement issu. Réciproquement, le descendant est un individu qui tient sa filiation d'une personne qui l'a précédée dans la suite des générations.

En revanche, l'alliance est considérée comme le lien juridique existant entre un époux et les parents de son conjoint.

- « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels »¹⁸.
- « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle »¹⁹.



¹⁷ Article 161 du Code civil

¹⁸ Article 162 du Code civil

¹⁹ Article 163 du Code civil

Par conséquent, nous définirons l'inceste comme un acte de transgression commis sur le corps d'une personne avec laquelle il existe une relation de parenté juridique énumérée par le Code civil.

Mais c'est au droit pénal, droit répressif par excellence qu'il revient de sanctionner le viol incestueux.

Ainsi pour parvenir au crime de viol incestueux, le législateur s'est engagé dans la voie de l'incrimination. Il a dénoncé ce comportement comme étant antisocial. En aboutissant à la création de l'infraction de viol incestueux, l'incrimination se veut donc au service des valeurs sociales, en l'occurrence, l'intégrité physique et psychique de la personne humaine et sa liberté sexuelle.

Avant d'étudier la circonstance aggravante qui fait du viol le viol incestueux (Section 2), il est nécessaire d'analyser les composantes du viol simple telles qu'elles sont décrites par l'article 222-23 du Code pénal et qui sont nécessairement celles du viol incestueux (Section 1).

Section 1 L'incomplète incrimination de viol incestueux

Dans le cadre du crime de viol incestueux, en principe, le résultat est la finalité même de l'infraction. Néanmoins, il peut arriver que le résultat souhaité ne soit pas obtenu : telle est la différence entre le viol consommé (§1) et le viol tenté (§2).

En outre, le viol incestueux peut constituer une infraction accidentellement collective : dans le cadre de notre étude, c'est par le biais de la complicité que nous envisagerons le délicat problème du rôle de la mère (§3).

§1 La qualification de viol incestueux

Nul ne peut être puni pour viol si les éléments de cette infraction ne sont pas définis par la loi²⁰ : « Nullum crimen, nulla poena, sine lege »²¹.

C'est donc l'article 222-23 du Code pénal qui définit les éléments constitutifs du crime de viol incestueux. En effet, le viol est constitué par « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ».

Avant d'examiner les éléments constitutifs du viol incestueux (B), il convient d'observer que ce dernier requiert une condition préalable (A).

²⁰ Article 111-3 du Code pénal

²¹ « Nul crime, nulle peine, sans loi » Feuerbach

A. La condition préalable du viol incestueux : une victime vivante

A travers l'étude des douze dossiers judiciaires, il apparaît que le viol incestueux se conçoit uniquement sur une victime vivante !

Cette constatation paraît logique dans la mesure où le crime de viol suppose un acte de pénétration sexuelle sur la personne d'autrui qui porte atteinte à la liberté sexuelle.

Or, on ne peut évidemment évoquer celle-ci qu'à propos d'un être humain vivant²².

Il convient de souligner que du point de vue psychiatrique, la conséquence du viol incestueux s'oppose non seulement à la condition juridique de vie mais également à la conséquence juridique du viol incestueux (la vie).

En effet, comme l'affirme le Professeur Daligand, « l'inceste est toujours du côté de la mort. Il y a reprise du don de vie. L'incestueux possède la vie dans le corps qu'il a créé. Il y a une circularité de l'inceste qui s'oppose à la lignée générationnelle. C'est un trouble dans la trame symbolique des liens de parenté. Cela conduit à la mort. »

B. Les éléments constitutifs du viol incestueux

Selon l'article 222-23 du Code pénal (précité), l'infraction de viol incestueux a une structure bipartite : elle est constituée d'un élément matériel (1) et d'un élément moral (2).

1) L'élément matériel du viol incestueux

La définition de cet article permet de bien distinguer les deux composantes indispensables à la matérialisation du viol incestueux. Ce dernier suppose un acte de pénétration sexuelle (a) imposé à la victime par le recours à la violence, la contrainte, la menace ou la surprise (b).

²² Crim. , 13 juillet 1965, Bulletin criminel (B.C.) n°175

a) Un acte de pénétration sexuelle

- ♣ En précisant la formule « de quelque nature qu'il soit », la loi de 1980 a autorisé une extension considérable du concept de viol, car même si l'expression n'entre pas directement dans les éléments constitutifs de l'infraction, elle signifie tout de même qu'aucune sorte d'acte de pénétration sexuelle n'est exclue du champ d'application de l'article 222-23 du Code pénal.

Alors que le viol était, dans l'état antérieur du droit, défini par rapport au seul acte de pénétration correspondant à l'usage « ordinaire » du sexe, aujourd'hui, toutes les modalités se soldant par une pénétration de type sexuel sont désormais constitutives de viol incestueux.

Sont donc constitutifs de viol:

- des actes de pénétration buccale²³ (dans 83% des dossiers judiciaires)
- des actes de pénétration anale ²⁴ (dans 50% des dossiers)
- des actes de pénétrations anale et buccale (dans 50% des dossiers)
- l'introduction de corps étrangers dans le sexe ou dans l'anus²⁵ (dans 17% des dossiers);

Ces actes pouvant être commis ou subis indifféremment par un homme ou par une femme²⁶ (un seul dossier est relatif au viol incestueux subi par le jeune K.²⁷).

- ♣ Quant à la jurisprudence, elle a évolué dans un sens tantôt restrictif, tantôt extensif :

- La petite C. a été victime de l'introduction d'un manche à balai dans l'anus par son père²⁸.

Au regard de la jurisprudence précitée²⁹, cet acte constitue l'élément matériel du viol. Néanmoins, les applications que la Chambre criminelle fait de la qualification de viol semblent impliquer une définition différente de la définition légale : le viol serait alors moins un acte de pénétration sexuelle qu'un acte de pénétration « à finalité sexuelle ». Telle est la tendance restrictive de la jurisprudence.

En effet, un jeune garçon a été victime de l'intromission d'un bâton dans l'anus dans le cadre d'une extorsion de fonds.

²³Crim. , 22 mai 1996, B.C. n°212

²⁴Crim. , 27 avril 1994, B.C. n°157

²⁵ Crim. , 6 décembre 1995, B.C. n°372

²⁶ Crim. , 4 janvier 1985, B.C. n°10 (viol commis par une femme) et 24 juin 1987, B.C. n°265 (viol subi par un homme)

²⁷ D.J. n°12

²⁸ D.J. n°5

²⁹ Crim. , 6 décembre 1995, B.C. n°372

La Cour de cassation a estimé que les circonstances en cause n'étaient pas constitutives de viol³⁰ mais caractérisaient seulement une tentative d'extorsion de fonds accompagnée de tortures ou d'actes de barbarie, crime prévu et puni par l'article 312-7 du Code pénal.

A contrario, pour des faits similaires, la Cour de cassation a retenu la qualification de viol aggravé par les tortures ou actes de barbarie en insistant sur le fait que l'introduction du corps étranger n'était pas de la même espèce que les autres sévices endurés : il s'agissait d'attenter à l'intimité sexuelle de la victime et l'utilisation d'un préservatif pour recouvrir le morceau de bois « était à cet égard significatif »³¹.

Par conséquent, l'acte de pénétration sexuelle caractérisé dans sa matérialité ne constitue juridiquement un viol que s'il s'inscrit dans une finalité elle-même sexuelle.

Il faut donc dépasser la pénétration proprement dite, malgré son caractère incontestablement sexuel, pour trouver une explication d'ordre sexuel, comme si la pénétration sexuelle n'était pas suffisamment sexuelle !

Ainsi, la Cour de cassation estime que la qualification de viol ne peut être retenue qu'à la condition que soit établi un lien de l'acte de pénétration avec la sexualité.

Cette jurisprudence semble donc contraire au droit mais elle a été confirmée par deux arrêts récents³².

Alors, concernant le dossier en cours d'instruction précité, les faits sont-ils constitutifs de viol ? S'inscrivent-ils dans une finalité sexuelle ? Au regard des circonstances de l'espèce (caresses impudiques et « recherche du plaisir sexuel »³³ par le père), nous le pensons.

Parallèlement à cette tendance restrictive, la Cour de cassation a adopté une position extensive relativement au viol.

- Il importe d'observer que dans chacun des cas dans lesquels la Chambre criminelle avait jugé la fellation constitutive de viol, un acte de pénétration buccale avait été pratiqué sur une personne de sexe féminin. Il en eût été de même si la personne pénétrée eût été un homme.

Mais qu'en est-il lorsqu'un père est l'objet de poursuites, non pour avoir pratiqué un acte de pénétration orale sur son fils, mais pour avoir pris dans sa bouche le sexe de celui-ci, c'est-à-dire lorsque la pénétration est le fait de l'agressé et non de l'agresseur ?

³⁰ Crim. , 9 décembre 1993, B.C. n°383

³¹ Crim. , 6 décembre 1995, B.C. n°372

³² Cour d'appel de Lyon, 19 janvier 1996, Recueil Dalloz 1996, p.258 et Crim. , 29 janvier 1997, B.C. n°39

³³ Conclusion tirée de l'examen psychologique du père (D.J. n°5)

C'est pour des actes de cette nature que la Chambre criminelle a énoncé : « Tout acte de fellation constitue un viol, au sens de l'article 222-23 du Code pénal, dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le subit ou à celui qui le pratique »³⁴.

« On passe ainsi d'une version active du viol, la seule à être légalement incriminée (le Code pénal précise « sur la personne d'autrui »), à une version passive »³⁵.

Par cet arrêt, la Cour de cassation a fait un pas de plus dans l'interprétation - déjà extensive - de la loi : en effet, elle a ajouté à la définition légale du viol une hypothèse qu'elle ne prévoit pas (la pénétration de l'agresseur par l'agressé) et porte ainsi atteinte au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale³⁶.

C'est pourquoi moins d'un an après cet arrêt controversé, la Chambre criminelle a opéré un revirement de sa jurisprudence : elle a affirmé que l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime³⁷.

Néanmoins, nous pouvons estimer que le fait de pratiquer sur un jeune garçon un acte de fellation est moralement aussi condamnable que celui d'introduire le sexe de celui-ci dans sa propre bouche : mais « aussi répréhensibles soient-ils sur le plan moral ou en équité, les agissements reprochés doivent recevoir la qualification juridique prévue par la loi³⁸ ... ».

b) Le défaut de consentement de la victime

Selon l'article 222-23 du Code pénal, le viol incestueux doit avoir été commis « par violence, contrainte, menace ou surprise ».

Le viol incestueux est un viol qui, comme les autres, suppose que la victime ne soit pas consentante. C'est alors à la partie poursuivante de prouver l'absence de consentement de la victime.

Le défaut de consentement doit résulter de l'une des manifestations d'abus qualifiées par le texte d'incrimination lui-même.

Pourtant, le cadre intra-familial crée des conditions qui nécessitent une approche particulière de celles-ci.

³⁴ Crim. , 16 décembre 1997, Juris-Data n°005461

³⁵ Yves Mayaud, *Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et ... contra rationem*.

³⁶ Article 111-4 du Code pénal

³⁷ Crim. , 21 octobre 1998, Juris-Data n°003944

³⁸ Dans un arrêt du 12 janvier 1998, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris a qualifié les agissements d'agressions sexuelles autres que le viol (article 222-27 du Code pénal et suivants)

- **La violence** est constituée de tous les actes qui caractérisent par ailleurs tous les actes de violences volontaires³⁹. La difficulté pour le juge d'établir le défaut de consentement est moindre lorsqu'il y a violence. En effet, elle demeure le témoignage le plus significatif de l'absence de consentement.

C'est le cas de la petite C. qui a été giflée et brûlée à plusieurs reprises par la cigarette de son père avant qu'il ne la viole. Elle en garde aujourd'hui les cicatrices⁴⁰.

Trois dossiers – seulement – font état de violences. A ce titre, nous avons constaté qu'il règne plus un climat d'autoritarisme, de crainte voire de terreur qui s'exprime à travers la contrainte physique et surtout morale que des violences telles qu'elles sont définies par le Code pénal. En effet, on observe souvent des pères qui ont une emprise totale sur l'enfant. L'enfant ne peut déroger alors aux règles paternelles.

« La peur, quand elle atteint son point culminant, oblige les enfants à se soumettre automatiquement à la volonté du père, à deviner le moindre de ses désirs, à obéir en s'oubliant complètement. »⁴¹.

Le viol incestueux est donc majoritairement un viol sans violence apparente.

- **La contrainte physique** se confond quasiment avec la violence. On peut néanmoins l'en distinguer dans certaines hypothèses ; ainsi en est-il de la petite L. dont la tête était maintenue par son père pour qu'elle lui fasse une fellation⁴².

La contrainte morale semble beaucoup plus correspondre aux circonstances habituelles du viol incestueux. De plus, il s'agit d'une notion presque insaisissable : elle se traduit par la crainte éprouvée par la victime parce qu'elle est dans une situation très particulière par rapport à son agresseur. Tous les dossiers judiciaires étudiés en témoignent.

En effet, elle vit avec lui et surtout elle l'aime : « Bien que je vous aie relaté ces faits, je ne veux pas que mon père aille en prison, je l'aime, vous comprenez ? »⁴³.

On ne peut prendre en compte la contrainte morale que par référence à cet élément primordial qu'est l'amour filial. Il faut différencier cet amour qui est celui de l'enfant du langage de sexualité de l'adulte : « il prend le sourire de l'enfant pour une promesse sexuelle »⁴⁴.

La victime se trouve donc dans un état de dépendance totale qui ne lui permet pas de résister à la demande du père. L'agresseur est son parent donc un protecteur par nature pour l'enfant.

³⁹ Article 222-7 et suivants du Code pénal

⁴⁰ D.J. n°5

⁴¹ Ferenczi

⁴² D.J. n°2

⁴³ D.J. n°8

⁴⁴ Monsieur l'Avocat général Coste près la Cour d'appel de Lyon

L'amour n'est pas seulement la cause de la contrainte morale. Celle-ci a un autre pendant : l'autorité parentale⁴⁵. C'est bien parce que le père a autorité sur l'enfant – autorité qui s'exerce par la possibilité de lui donner des ordres et de poser des interdits – que l'enfant est dépendant.

C'est ici que naît la difficulté : pourquoi doit-on démontrer la contrainte alors que celle-ci découle nécessairement du lien de parenté ?

Cependant, si l'autorité est une circonstance aggravante, elle ne peut à elle seule caractériser la contrainte. Nous pensons que si le législateur a érigé l'autorité en circonstance aggravante, c'est pour la différencier de la contrainte morale⁴⁶.

De plus, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Nantes se plaît à distinguer les « pressions morales résultant de la qualité d'ascendant de l'auteur » de la contrainte morale, comme si cette dernière n'était pas synonyme des pressions morales !

Néanmoins, la Cour d'assises de l'Isère a qualifié les « pressions morales et psychologiques exercées par le père sur sa fille » de contrainte selon l'article 222-23 du Code pénal par le recours à un faisceau d'indices (« Il me punissait chaque fois que je ne respectais pas ce qu'il m'avait dit. Il me disait de monter dans ma chambre, quelques fois sans manger. Il m'interdisait de sortir et coupait l'électricité pour que je ne puisse pas faire mes devoirs. »)⁴⁷.

- **La menace** se caractérise par l'exercice d'une intimidation ou d'une pression ayant pour objet une atteinte aux personnes ou aux biens⁴⁸.

Trois dossiers en sont l'illustration :

- Devant le juge d'instruction, la petite A. témoigne : « A partir de quatorze ans, les choses ont évolué. Je me suis rendue compte que j'étais pas tout à fait normale et j'éprouvais des réticences à me laisser faire. Il a alors fait des menaces en disant qu'il tuerait ma mère ou tout le monde si je ne faisais pas ce qu'il disait. »⁴⁹.
- Devant la Cour d'assises, la petite O. évoque le jour où son père, auquel elle se refusait, l'a emmené en voiture et a stoppé son véhicule au bord d'un précipice et a menacé de se jeter dans le vide avec elle. Elle avait dû lui promettre de continuer leur relation pour le calmer⁵⁰.

⁴⁵ Article 371 et suivants du Code civil

⁴⁶ La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Nantes a rappelé récemment que : « la seule circonstance que X. ait eu autorité sur sa fille ne peut caractériser une violence morale constitutive d'un viol ».

⁴⁷ D.J. n°2

⁴⁸ Articles 222-17 et 222-18 du Code pénal

⁴⁹ D.J. n°6

⁵⁰ D.J. n°3

- Devant les policiers, la jeune C. a précisé que pour arriver à ses fins, son père menaçait de lui supprimer tout son argent de poche et de noyer son lapin⁵¹.

Les menaces sont ainsi, en général, recueillies uniquement dans la parole de la victime, ce qui pose des difficultés probatoires.

- **La surprise** est « la situation consistant à exploiter une circonstance favorable à l'objet poursuivi par l'auteur du viol »⁵².

Elle vise principalement les personnes dont la liberté de consentement est altérée, en raison de leur âge, de leur état physique ou mental. On conçoit mal que l'enfant victime de viol incestueux soit violé « par surprise » pendant des années.

Néanmoins, un dossier⁵³ témoigne de la surprise lors du premier rapport sexuel imposé par le père à sa fille âgée de cinq ans et demi : « J'ai déjà vu des films d'amour à la maison avec papa ; les gens s'habillent et se déshabillent à la télé ; moi aussi j'ai joué avec mon papa à habille-déshabille : on prend une corde, on la fait tourner et on dit « habille-déshabille ». Lorsque je marche sur la corde et qu'on est arrivé à déshabille, il faut que j'enlève un vêtement. Quand c'est son tour, papa fait pareil. »

Le père a exploité « les règles du jeu » afin qu'il puisse pénétrer sa fille lorsqu'elle fut complètement nue.

Si l'une des manifestations d'abus de l'article 222-23 du Code pénal n'est pas prouvée, le viol incestueux n'est pas caractérisé. N'est-ce pas là encore plus difficile pour la victime de ne pas être reconnue en tant que telle ? La victime est alors une victime « sans cause »⁵⁴.

En effet, « la fonction première du juge est un travail très délicat de recherche de preuves. En justice, il n'y a d'abus sexuels que prouvés. Rien n'est donné, rien n'est évident. Personne n'est cru sur parole même l'enfant. »⁵⁵

Néanmoins, on peut penser, d'après le témoignage de magistrats, que nos tribunaux considèrent que l'absence de consentement est démontré si l'on est en présence d'un petit enfant et si les faits matériels sont établis. Serait-ce là la reconnaissance tacite d'une présomption d'absence de consentement du petit enfant ?

⁵¹ D.J. n°5

⁵² Yves Mayaud, Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

⁵³ D.J. n°4

⁵⁴ Docteur Gonin, psychanalyste

⁵⁵ S.Portelli, *Abus sexuels sur enfants : prévention, guérison, rôle du juge.*

2) L'élément moral du viol incestueux

Le crime de viol incestueux suppose évidemment une intention coupable qui consiste dans la conscience chez le parent d'imposer à sa victime un acte de pénétration sexuelle auquel elle ne consent pas.

En cette matière, il n'y a pas d'intention si l'auteur a pu penser qu'il y avait consentement.

Dans le dossier précité⁵⁶, la petite S. a affirmé à plusieurs reprises : « j'aimais bien faire dodo avec mon papa ; pour moi, faire dodo, ça veut dire faire l'amour avec mon papa ; on se fait des guilis et des caresses sur le zizi, ça me fait rigoler et j'aime bien quand il rentre son zizi dans ma pepette, ça me fait même pas mal et j'aime bien aller chez mon papa ». Son père a soutenu pour sa défense que sa fille était consentante à l'acte sexuel.

Il paraît donc opportun de se demander si le père de la petite S. peut se prévaloir du « consentement » de sa fille.

Heureusement, l'éventuelle présomption judiciaire d'absence de consentement de l'enfant semblerait anéantir un moyen de défense de cette nature.

Nous pensons que l'absence de consentement du petit enfant est un non-sens car il ne peut y avoir de consentement éclairé que lorsqu'il y a discernement. Or, un enfant de cinq ans et demi n'est pas discernant.

§2 La tentative de viol incestueux

La tentative de viol incestueux est incriminée – de manière indirecte – à l'article 121-4 du Code pénal :

« Est auteur de l'infraction la personne qui :

1° Commet les faits incriminés ;

2° Tente de commettre un crime (...). »

Cette tentative est « constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur »⁵⁷.

La tentative est considérée comme le crime lui-même lorsqu'elle réunit deux conditions : la première, impérative et absolue, d'avoir été manifestée par un commencement d'exécution (A) ; la deuxième, alternative, d'avoir été suspendue ou d'avoir manqué son effet par des circonstances fortuites indépendantes de la volonté de son auteur (B).

⁵⁶ D.J. n°4

⁵⁷ Article 121-5 du Code pénal

A. La notion de commencement d'exécution

Le processus criminel peut être décomposé en quatre stades : le premier, consiste dans l'idée du crime ; le second est constitué par des actes préparatoires, non répréhensibles ; le troisième est caractérisé par le commencement d'exécution ; enfin, le quatrième stade est celui de la consommation du crime.

Là encore, c'est la jurisprudence qui a défini la notion de commencement d'exécution.

Tantôt elle l'a caractérisé de manière subjective comme étant l'acte qui « tend directement au crime »⁵⁸ ; tantôt elle l'a défini plus objectivement comme « tous les actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans la période d'exécution »⁵⁹.

Un dossier judiciaire⁶⁰ illustre cette notion : après avoir mis un préservatif, le père de la petite O. a tenté de pénétrer sa fille.

Selon la Cour d'assises, cet acte est constitutif du commencement d'exécution de la tentative de viol incestueux et comme le déclare à juste titre Y.Mayaud pour une affaire similaire : « le préservatif est le symbole de l'acte sexuel et il n'est pas dissociable de la pénétration dont il est le préalable »⁶¹.

Dans le cadre du viol intra-familial qui – nous le verrons – se caractérise par sa durée, il paraît opportun de se demander si les caresses subies par la victime à l'âge moyen de huit ans ne constituent pas le commencement d'exécution de la tentative de viol incestueux sachant que le rapport sexuel se réalise toujours à l'âge moyen de quinze ans ?

Cependant, le commencement d'exécution devant avoir pour conséquence « immédiate » de consommer le viol, la tentative n'est pas juridiquement concevable, ce qui est sans doute préjudiciable à la victime.

De même, la Chambre criminelle considère que les caresses ne constituent que des actes préparatoires qui demeurent impunis⁶². Néanmoins, les caresses sont réprimées par le biais des qualifications d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles.

⁵⁸ Crim. , 11 juin 1975, B.C. n°150

⁵⁹ Crim. , 18 août 1973, B.C. n°339 (jurisprudence constante)

⁶⁰ D.J. n°3

⁶¹ Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1996, 656.

⁶² Crim. , 10 janvier 1996, B.C. n°14

B. L'absence de désistement volontaire

Si un père incestueux commence l'exécution de son crime et s'arrête volontairement, c'est-à-dire de manière spontanée, il ne mérite pas de sanction pénale.

Ainsi, pour que la tentative ne soit pas punissable, deux conditions sont exigées par la jurisprudence :

- **Le désistement doit être volontaire.** Le père incestueux doit s'arrêter de lui-même et non pas sous l'influence d'une cause extérieure qui a pesé sur sa volonté, comme c'est le cas du père de la petite N. surpris par sa femme. Elle témoigne : « J'ai trouvé ma fille dans notre lit avec son père. Lorsque je suis entrée dans la chambre, je l'ai vu faire un mouvement brusque comme pour s'éloigner rapidement de N. »⁶³.
- **Le désistement doit être antérieur à la consommation du viol.** Avant la pleine consommation de l'infraction, il y a place pour un désistement volontaire qui entraîne l'impunité car il ne faut pas « fermer le chemin au repentir (...) la justice le veut, l'intérêt de la société l'exige »⁶⁴. Au contraire, une fois l'infraction consommée, il ne peut y avoir que des remords tardifs qui sont inopérants. C'est le cas du père de la petite M. qui, après l'avoir violé, l'a emmené à l'hôpital⁶⁵. Néanmoins, les tribunaux peuvent en tenir compte pour fixer le quantum de la peine dans le cadre des modes de personnalisation de celle-ci.

La construction jurisprudentielle de la qualification de la tentative de viol incestueux nous paraît très fragile : le moindre doute sur un élément constitutif de la tentative – et l'on sait l'extrême précision des conditions posées par la jurisprudence – permet au juge de qualifier la tentative d'agression sexuelle autre que le viol, ce que nous regrettons.

Là encore cette disqualification est préjudiciable à la victime dans la mesure où elle passe sous silence la gravité de l'acte incestueux et accentue la souffrance de la victime.

⁶³ D.J. n°10

⁶⁴ Treilhard

⁶⁵ D.J. n°7

§3 La complicité de viol incestueux : le rôle de la mère

La complicité de viol incestueux est incriminée – de manière indirecte – à l'article 121-7 du Code pénal :

« Est complice d'un crime (...) la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »

La complicité de viol incestueux n'existe donc « qu'autant qu'il y a un fait principal punissable »⁶⁶ en l'occurrence, le crime de viol incestueux. Il est courant, à ce titre, de rappeler l'adage latin « *accessorium sequitur principale* » selon lequel l'accessoire suit le principal.

C'est par le biais de cette complicité que nous pouvons envisager la responsabilité pénale éventuelle de la mère ; certains dossiers sont à cet égard édifiants.

Il résulte de l'article 121-7 du Code pénal que l'acte de complicité comporte, comme tout acte infractionnel, à la fois, un élément matériel (A) et un élément moral (B).

A. L'élément matériel de la complicité de viol incestueux

Le complice est celui qui a accompli l'un des actes visés à l'article 121-7 du Code pénal. La liste qui en est donnée est limitative. Deux cas de complicité sont donc énumérés : la complicité par aide ou assistance (1) et la complicité par instigation (2).

1) La complicité par aide ou assistance

- ♣ L'aide ou l'assistance doit être **antérieure ou concomitante** au crime de viol incestueux.

La jurisprudence est constante sur ce point : elle précise en effet que la complicité par aide ou assistance « ne peut exister légalement qu'autant que cette aide et cette assistance se sont manifestées dans les faits qui

⁶⁶ Crim. , 1 décembre 1987, B.C. n°438

ont préparé, facilité ou consommé le délit, ce qui exclut nécessairement les faits qui se sont produits postérieurement à sa perpétration »⁶⁷.

Un dossier illustre cette condition : alors que le père de la petite C. s'apprêtait à la violer, sa mère lui tenait les bras⁶⁸. Cette aide concomitante au crime de viol a facilité sa perpétration. La mère semble donc indéniablement s'être rendue coupable de complicité de viol incestueux. Notons cependant que deux dossiers seulement font état d'un tel rôle actif de la mère.

- ♣ L'aide ou l'assistance doit consister en un **fait positif** : c'est là tout le problème de la complicité par abstention qui semble concerner, dans la majorité des cas, l'attitude de la mère.

Ainsi, une mère qui assiste passivement à la commission du crime de viol incestueux en est-elle le complice ?

Au regard de la loi, la réponse est négative. Néanmoins, ce point de vue est en recul aujourd'hui. En jurisprudence, est considérée comme complice la mère qui, sans avoir réalisé d'acte positif, a eu un comportement blâmable dans certaines circonstances. La théorie de cette jurisprudence a été élaborée par la doctrine.

Ainsi, pour qu'une complicité par abstention soit punissable, il faut que l'individu ait eu le *pouvoir* de s'opposer à l'infraction, la *volonté* de laisser l'auteur principal agir et la *connaissance* que ce dernier est en train d'agir ou qu'il va bientôt agir⁶⁹.

Dès lors, une mère qui déclare avoir surpris « plusieurs fois (son) mari et (sa) fille enlacés et nus sur le lit conjugal »⁷⁰ sans rien dire, peut-elle être poursuivie pour complicité de viol incestueux ?

C'est alors par référence aux critères jurisprudentiels qu'un élément de réponse peut être apporté : dans ce dossier, il apparaît clairement que la mère savait que son mari allait agir ou avait agi. De plus, on peut penser, eu égard aux faits de l'espèce (ni violence ni autoritarisme du mari), que l'épouse avait le pouvoir de s'opposer au crime.

Néanmoins, le fait de « fermer les yeux » présume-t-il de sa volonté de laisser son mari agir ? Nous le pensons.

⁶⁷ Crim. , 6 août 1945, Gazette du Palais 1945, 2, p.143

⁶⁸ D.J. n°5

⁶⁹ A.Decocq, *Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance*, Juris-classeur périodique (JCP) 1983, I, 3124.

⁷⁰ D.J. n°10

Par conséquent, la responsabilité pénale de la mère pourrait être retenue dans cette affaire (et dans quatre autres dossiers similaires⁷¹). Son abstention pourrait donc être punissable. Mais elle ne l'est en pratique que par le biais du délit de non-assistance à personne en danger, délit prévu et réprimé par l'article 223-6 et suivants du Code pénal⁷².

Il paraît opportun alors de se demander si la condamnation de la mère, fondée sur la complicité passive de viol incestueux, serait dommageable pour le développement de l'enfant, le père de celui-ci étant déjà absent.

En revanche, dans le cadre d'une complicité active de la mère (*cf. infra 2) a*), il semble que l'absence de condamnation de la mère risque de mettre en péril l'épanouissement, l'équilibre et le développement de l'enfant.

2) La complicité par instigation

L'instigation qui est le fait de pousser quelqu'un à faire quelque chose est prévue au second alinéa de l'article 121-7 du Code pénal qui vise :

« la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction (a) ou donné des instructions pour la commettre (b). »

a) L'instigation par provocation

La provocation n'est punissable au titre de la complicité qu'à trois conditions :

- ♣ Elle doit d'abord être **circonstanciée**, c'est-à-dire accompagnée des circonstances prévues à l'alinéa 2 de l'article 121-7 du Code pénal qui la renforcent : don, promesse, ordre, menace, abus d'autorité ou de pouvoir. Plusieurs de celles-ci se combinent parfois mais une seule est suffisante.

Tel est le cas de la mère de la petite K. qui a déclaré : « J'ai eu des soupçons sur la virginité de ma fille. J'ai incité mon mari à le vérifier. J'ai demandé à ma fille d'aller dans la chambre et de se mettre sur le lit.

⁷¹ D.J. n°2, 3, 9, 12.

⁷² « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime (...) contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000F d'amende.

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

(Pendant que son mari abusait de K.), je lui disais de ne pas trop forcer »⁷³.

Ainsi, il a été jugé que les ordres de la mère étaient constitutifs de complicité par provocation au crime de viol incestueux.

- ♣ La provocation doit ensuite être **directe**, c'est-à-dire suggérer sans équivoque possible l'idée du crime et doit être **individuelle**, c'est-à-dire adressée à une personne déterminée (à ce titre, notre exemple est parlant).
- ♣ Elle doit être enfin **suivie d'effet**. C'est bien le cas du dossier précité. A défaut de résultat (ou de commencement d'exécution), il n'y a pas de viol incestueux (fait principal) et donc pas de complicité punissable.

b) L'instigation par fourniture d'instructions

Voisines de la provocation, les instructions doivent cependant en être distinguées. La complicité par instructions existe même en l'absence des circonstances visées à l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal.

Aucun dossier n'illustre d'instructions données par la mère. En effet, on conçoit mal que des instructions soient données dans le cadre intra-familial dans la mesure où le père incestueux est à même de connaître l'intimité de sa fille.

Néanmoins, on pourrait imaginer une telle complicité dans le cadre de parents divorcés qui ne sont pas toujours au fait du déroulement de la vie de l'enfant.

B. L'élément moral de la complicité de viol incestueux

Pour que la mère soit punissable au titre de la complicité, il faut qu'elle ait participé en connaissance de cause à l'infraction principale à savoir le viol incestueux.

Dans les cas de complicité active de la mère⁷⁴, étudiés précédemment, sa conscience de s'associer au crime découle des faits (le blocage des bras de la petite C. et les ordres de la mère de la petite K. donnés au père).

⁷³ D.J. n°1

⁷⁴ D.J. n°1, 5.

En revanche, dans les cas de complicité passive⁷⁵, l'intention de la mère est plus délicate à appréhender. Sa volonté de laisser agir son mari présume-t-elle sa volonté de s'associer au viol incestueux ? Comment imaginer qu'une mère ignore le caractère criminel de l'inceste ?

Si la responsabilité pénale de la mère est établie, elle sera punie, selon l'article 121-6 du Code pénal, « comme auteur ». La mère et la père seraient alors « cousus dans le même sac »⁷⁶.

Section 2 L'insuffisante aggravation du viol incestueux

Le crime d'inceste – nous l'avons vu – ne possède aucun marqueur particulier tenant à un élément constitutif de l'infraction de viol. Il est donc fondu au sein de l'incrimination générale de viol et ne s'en distingue que par la reconnaissance d'une simple circonstance aggravante.

La peine prévue pour le viol simple (quinze ans de réclusion criminelle) est aggravée « lorsqu'il est commis par un *ascendant* légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre *personne ayant autorité* sur la victime »⁷⁷ ou « lorsqu'il est commis *sur un mineur de quinze ans* »⁷⁸. La peine est alors portée à vingt ans de réclusion criminelle.

La circonstance aggravante est donc une qualité dont la constatation entraîne l'application d'une peine plus lourde que celle normalement applicable.

§1 La qualité d'ascendant de l'incestueux

Comme nous l'avons précédemment défini (*cf. supra « L'inceste et la loi » p.8*), l'ascendant est la personne dont un individu est juridiquement issu. Ainsi en est-il du père et de la mère (ascendants privilégiés), du grand-père, de la grand-mère et des arrière-grands-parents (ascendants ordinaires).

Les collatéraux privilégiés et ordinaires (respectivement les frères et sœurs et les oncles et tantes) ne sont donc pas pris en compte par le Code pénal et pourtant ils font bien partie du cadre familial⁷⁹.

⁷⁵ D.J. n°2, 3, 5, 9 et 10.

⁷⁶ J.Carbonnier, *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal*.

⁷⁷ Article 222-24 4° du Code pénal

⁷⁸ Article 222-24 2° du Code pénal

⁷⁹ Réflexion de magistrats instructeurs.

Ainsi, toutes les parentés incestueuses définies indirectement par le Code civil ne correspondent pas à celles retenues par le Code pénal. Ce dernier n'incrimine donc que partiellement le viol incestueux.

Pourquoi existe-t-il un tel décalage entre la loi civile et la loi pénale ? Pourquoi ne pas placer toutes les unions incestueuses sur un pied d'égalité en les érigeant toutes en circonstance aggravante ?

Par la circonstance aggravante de l'autorité, le législateur a-t-il pris en compte les parentés incestueuses faisant défaut ?

§2 L'autorité, une notion de pur fait

L'autorité exercée sur la victime peut être non seulement une autorité légale (père et mère) mais aussi une autorité de pur fait (par exemple l'autorité de l'oncle ou celle du frère).

Toutefois les juges ne peuvent se contenter de déduire automatiquement cette autorité à partir de la seule qualité de l'agresseur (oncle ou frère). Ils ont le devoir de rechercher concrètement les éléments qui traduisent une manifestation tangible de cette autorité.

C'est donc une notion de pur fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Deux dossiers en sont l'exemple :

- Dans un premier dossier⁸⁰ jugé par la Cour d'assises, il apparaît que la qualité d'oncle de la petite B. n'a pas été considérée comme révélatrice d'une autorité au sens de l'article 222-24 4° du Code pénal. En effet, l'oncle ne vivait pas avec sa nièce mais n'était présent que pendant la durée des vacances en compagnie des parents de B. La Chambre criminelle considère en effet la cohabitation comme une condition nécessaire à l'établissement de l'autorité⁸¹.
- Dans un second dossier⁸², la question se pose de savoir si le frère aîné de la petite D. – ayant commis sur elle des viols répétés – entre dans la catégorie des personnes ayant autorité sur sa sœur. Une conception largement répandue inciterait à répondre par l'affirmative.

⁸⁰ D.J. n°8

⁸¹ Crim. , 9 juin 1971, B.C. n°185

⁸² D.J. n°12

Néanmoins, la Chambre criminelle n'est pas de cet avis. Elle a déjà affirmé que « le lien de parenté de frère à sœur entre accusé et victime d'agressions sexuelles ne caractérise pas la circonstance aggravante personnelle d'autorité sur la victime ».

La Cour de cassation exige que les juges du fond relèvent « les circonstances particulières d'où découlerait cette autorité de fait »⁸³.

Dans notre espèce, aucune circonstance ne paraît justifier le recours à la circonstance aggravante de l'autorité.

Par conséquent, la circonstance aggravante de l'autorité s'apprécie in concreto. C'est pourquoi il s'agit d'une notion toute relative qui ne permet pas nécessairement de sanctionner les collatéraux incestueux.

§3 La minorité de la victime

Lorsque la circonstance aggravante de l'autorité n'a pas pu être retenue, il est plus aisé pour le juge de retenir la minorité.

En effet, le législateur a fixé à quinze ans l'âge de la majorité sexuelle. Il semble qu'il en ait déduit qu'au-dessous de cet âge, l'enfant ne pouvait valablement consentir à des rapports sexuels.

Alors pourquoi doit-il prouver son défaut de consentement ?

N'est-ce pas paradoxal que le législateur ait érigé la minorité en circonstance aggravante sans établir de présomption légale d'absence de consentement de la victime mineure de quinze ans ?

En outre, il n'est pas juridiquement possible de retenir la minorité et l'ascendance ou l'autorité.

N'est-ce pas là encore paradoxal que le législateur ait retenu le cumul de ces circonstances aggravantes pour les agressions sexuelles autres que le viol⁸⁴ et non pour le viol incestueux ?

De nos développements, il apparaît donc clairement que notre droit est lacunaire face aux victimes de viol incestueux.

Victimes de viol incestueux, victimes du droit pénal ?...

⁸³ Crim. , 17 septembre 1997, Juris-Data n°004043

⁸⁴ Articles 222-29 et 222-30 combinés du Code pénal.

CHAPITRE 2 LES REMEDES AUX CARENCES DU DROIT

Nous l'avons constaté, notre droit pénal est inadapté au particularisme des victimes de viol incestueux.

Tout comme le crime de viol incestueux est fondu au sein de l'incrimination générale de viol, les victimes incestées sont elles-mêmes assimilées aux victimes de viol simple.

Elles ne peuvent s'en distinguer que par la reconnaissance d'une seule circonstance aggravante, celle tenant au lien de parenté.

Néanmoins, à travers les dossiers judiciaires étudiés, il apparaît que la minorité est retenue par préférence au lien de parenté et à l'autorité. Ainsi, le caractère incestueux du viol ne ressort que rarement laissant dans l'ombre la réelle gravité de l'acte et sa victime.

Aussi avant de démontrer l'utilité d'un texte spécifique pour les victimes de viol incestueux (Section 2), il convient de suggérer une nécessaire égalité des membres de la famille face à ce crime (Section 1).

Section 1 Une nécessaire égalité des membres de la famille

D'une part, toutes les parentés incestueuses doivent être prises en compte au sein d'une même circonstance aggravante (§1). D'autre part, une protection accrue de l'enfant victime est indispensable (§2).

§1 La solidarité des membres de la famille au sein des aggravations

L'étude des dossiers judiciaires a permis de mettre en évidence que les oncles et les frères des enfants victimes de viol incestueux n'étaient pas sanctionnés de la même façon que les ascendants. Alors que ces derniers sont coupables de viol aggravé, les premiers sont coupables de viol simple.

Cette discrimination législative ne nous paraît pas fondée. En effet, le père comme le frère et l'oncle commettent le même crime d'inceste, parce que c'est bien d'inceste qu'il s'agit. Par conséquent, pourquoi n'encourent-ils pas la même sanction ?

Certes, certains psychologues et psychiatres soutiendront-ils que les conséquences psychologiques du viol incestueux sont d'autant plus graves que l'agresseur présente un degré de parenté proche de la victime et qu'il faut donc les différencier.

C'est oublier là que la répression légale n'est pas établie par rapport à la souffrance de la victime par rapport à l'acte qui porte objectivement atteinte aux valeurs sociales. A ce titre, pourquoi ne pas reconnaître légalement le traumatisme de la victime ?

C'est pourquoi il est nécessaire de prendre en compte à l'article 222-24 4° du Code pénal, à côté des ascendants, les collatéraux privilégiés et certains collatéraux ordinaires (tels que les oncles et tantes) à l'instar du droit civil (*Cf. Schéma p.8*).

Pour être exhaustives, il faut se demander si le fait d'ériger le frère mineur de plus de treize ans⁸⁵ victime lui-même et auteur du viol incestueux, en circonstance aggravante ne serait pas le survictimiser ?

§2 Une protection accrue de l'enfant victime

Cette protection peut sans doute être assurée par l'ajout d'une circonstance aggravante prenant en compte la durée de la relation incestueuse (A) et par le cumul des aggravations prévues à l'article 222-2 2° et 4° du Code pénal (B). Elle peut l'être également par l'existence d'une présomption d'absence de consentement du mineur de quinze ans (C).

A. La durée de l'inceste : une circonstance aggravante supplémentaire

A travers l'étude des dossiers judiciaires, la durée moyenne de la relation incestueuse est de sept ans.

Certes, des abus sont-ils brefs (la petite S. a été abusée depuis l'âge de cinq ans jusqu'à six ans⁸⁶) mais d'autres peuvent être très longs (la petite M. a été abusée depuis l'âge de cinq ans jusqu'à quinze ans⁸⁷).

⁸⁵ Le mineur de treize ans bénéficie d'une présomption irréfutable d'irresponsabilité pénale conformément à l'ordonnance du 2 février 1945.

⁸⁶ D.J. n°4

⁸⁷ D.J. n°7

Dès lors, pourquoi ne pas prendre en compte la durée de la relation incestueuse dans l'aggravation de la sanction ? Et plus encore lors de l'indemnisation de la victime, la durée étant un « facteur majeur du traumatisme »⁸⁸ : « les traces (...) psychiques sont alors très impressionnantes. Elles subsisteront très longtemps. On peut même dire qu'elles sont indélébiles. »⁸⁹.

Cela dit, il peut paraître dangereux de créer une différence entre les victimes de viol incestueux, différence tenant au critère de la durée de l'inceste : en effet, comment expliquer à la victime abusée depuis « seulement » un ou deux ans, que la peine encourue par son agresseur serait moins importante que celle encourue par un agresseur à « long terme » ?

B. Le cumul nécessaire des aggravations

L'article 222-24 du Code pénal incrimine le viol aggravé en énumérant deux circonstances qui concernent les cas de viol incestueux tels que nous les avons appréhendés dans les douze dossiers judiciaires :

« 2° Lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans ;

4° Lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ».

Ainsi en est-il du père de la petite S., qui l'a violée dès l'âge de cinq ans et demi.

Deux circonstances aggravantes pourraient donc lui être imputées à l'instar des articles 222-29 et 222-30 combinés qui concernent les agressions sexuelles autres que le viol.

Néanmoins, en vertu du non-cumul des circonstances aggravantes du viol, n'est retenu à l'encontre du père incestueux qu'une seule des deux. En pratique, c'est la minorité qui est utilisée.

Pourtant, il est évident – à travers les dossiers étudiés – que le crime de viol est plus grave lorsqu'il est commis sur un enfant de moins de quinze ans, celui-ci manquant de discernement et étant dans une situation de grande vulnérabilité face à son agresseur ; c'est un état tout à fait propice à la commission du crime.

Par conséquent, il est impérieux de cumuler les circonstances aggravantes précitées afin de cerner toutes les composantes du viol incestueux et d'élever ainsi la peine encourue à trente ans de réclusion criminelle à l'instar du doublement de la peine prévue pour les agressions sexuelles autres que le viol lorsque ces deux circonstances aggravantes sont cumulées.

⁸⁸ Docteur H.Fabrizi, médecin légiste et expert près la Cour d'appel de Lyon

⁸⁹ S.Portelli, Doyen des juges d'instruction au Tribunal de grande instance de Créteil.

Néanmoins, concernant la peine effectivement prononcée, « (...) On aimerait une bonne peine : c'est paradoxal ! La justice fait au plus juste mais ce n'est que de l'approximatif. Il n'existe pas de peine idéale. La peine ne peut pas être insignifiante : elle est le surligneur de ce qui ne devait pas être fait. Il n'est pas question non plus de monter sur les points culminants du Code pénal : l'importance de la justice ne se mesure pas au poids de la peine. Ni faiblesse ni démesure donc. Il faut une peine de signification importante du drame vécu et de la fatalité d'un avenir »⁹⁰.

C. L'existence d'une présomption d'absence de consentement de la victime mineure

La plupart des législations européennes connaissent, à la différence du système français, une présomption irréfragable d'absence de consentement du mineur victime d'actes sexuels. Cette présomption n'admet donc aucune preuve contraire.

Par exemple, en Allemagne, les rapports incestueux sont régis indépendamment de l'idée de consentement ou de violence jusqu'à l'âge de seize ans ; en Espagne, on trouve une majorité sexuelle qu'on peut situer comme la plus basse de ceux des pays qui considèrent qu'il y a présomption d'absence de consentement : douze ans.

En France, la définition du viol incestueux posée par la loi du 23 décembre 1980 – nous l'avons vu – pose la question de la recherche de l'absence de consentement, ce qui n'est pas sans poser de difficultés : dans un dossier déjà cité⁹¹, il paraissait opportun de se demander si le père de la petite S. pouvait se prévaloir du « consentement » de sa fille de cinq ans et demi ; celle-ci déclarait en effet qu'elle aimait bien « (quand son papa) rentrer son zizi dans sa pépette ».

Dans des cas comme celui-ci, une présomption de fait d'absence de consentement a été posée par les tribunaux si l'on est en présence d'un petit enfant et si l'acte de pénétration est établi.

De même, une présomption légale a été prévue par l'article 227-25 du Code pénal en ce qui concerne les atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans.

Dès lors, pourquoi ne pas légaliser la présomption judiciaire d'absence de consentement à l'image des atteintes sexuelles sur le mineur de quinze ans ?

Une présomption simple nous semble adéquate afin d'aboutir à un renversement de la charge de la preuve et surtout afin de faciliter la reconnaissance du viol incestueux et de la victime.

⁹⁰ Monsieur l'Avocat général Coste

⁹¹ D.J. n°4

En définitive, nous suggérons l'établissement des quatre réformes précitées ou éventuellement l'adoption d'un texte spécifique.

Section 2 L'utilité d'un texte spécifique

N'en déplaise à la majorité de la doctrine, il nous paraît utile d'adopter un texte spécifique incriminant le viol incestueux – et non de manière hypocrite ! – .

D'une part, d'un point de vue psychologique, la spécificité de l'incrimination ne peut être que bénéfique non seulement pour la victime elle-même mais également pour la société, le juge et le criminel.

N'oublions pas que la loi a une valeur éducative et intimidante ; elle joue le rôle « d'une véritable institutrice de la nation » et par « la préexistence de ses commandements »⁹², elle exerce une pression sur l'individu.

D'autre part, devant une telle répression incomplète et inadaptée, un texte spécifique, prenant en compte toutes les précédentes suggestions, ne peut être que très utile.

Nous proposons de le formuler ainsi :

« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis :

1° Sur un mineur de quinze ans,

2° Sur un mineur âgé de plus de quinze ans par violence, contrainte, menace ou surprise,

par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par un collatéral privilégié ou par un collatéral ordinaire autre que le cousin est un viol incestueux.

Le viol incestueux est puni de trente ans de réclusion criminelle. »

Néanmoins, un texte trop précis laisse-t-il suffisamment de latitude aux magistrats, latitude dont ils ont besoin pour adapter les faits pour lesquels ils sont saisis au texte d'incrimination ?

⁹² J.Pradel, *Droit pénal général*, Ed. Cujas 1992

TITRE 2 LA VICTIME DE VIOL INCESTUEUX, VICTIME DE LA PROCEDURE PENALE

« Enfin la vérité ! Il fallait qu'un juge parvienne à la conclusion que tu avais abusé sexuellement de moi pour que tu l'avoues enfin. Mais que d'angoisses et d'humiliations j'ai dû endurer ! Tout a commencé quand j'ai décidé d'en parler pour en finir »⁹³

Le traumatisme subi par un enfant victime de viol incestueux est dévastateur. Il est « lié à la fragilité de sa structure psychologique et affective ». Or, « pour l'enfant, plus que pour toute autre victime dans une procédure pénale, parler des faits, c'est aussi les revivre »⁹⁴.

Ce sont précisément ces souffrances que le législateur a entendu réduire en consacrant la spécificité de la procédure pénale face aux victimes mineures (Chapitre 1).

Néanmoins, dans le cadre du procès d'Assises, si les associations ont actuellement pris le relais du législateur, il n'en demeure pas moins que c'est à l'Etat de reconnaître entièrement la place de la victime de viol incestueux. En l'état actuel des textes, cette reconnaissance est inachevée (Chapitre 2).

⁹³ Lettre recueillie par Gilles David, psychothérapeute et animateur de thérapie pour pères incestueux au pénitencier fédéral de Saint-Vincent-de-Paul

⁹⁴ Circulaire du 20 avril 1999 du Garde des Sceaux (annexée).

La levée du secret

Le silence imposé par le père – silence engendré par la crainte d'un père tyrannique et menaçant – « verrouille la parole de l'enfant à double tour »⁹⁵.

L'enfant victime se sent toujours honteux de l'acte incestueux et coupable d'entretenir la relation incestueuse sans en rien dire. Le secret est bien gardé.

Mais comment se délivrer d'un tel secret ?

La jeunesse de la victime renforce son isolement. Elle aurait pu communiquer sa détresse au sein de sa famille mais les difficultés psychologiques du milieu familial dans lequel l'inceste s'installe interdisent toute communication. Et l'enfant développe alors un sentiment de culpabilité soigneusement entretenu par le père. Ainsi prise au piège, la petite fille préfère s'accommoder d'une situation devant laquelle les adultes se taisent : « quand les adultes sont sourds, les enfants sont muets »⁹⁶.

Les principales situations de l'émergence du viol incestueux dans nos dossiers, peuvent être saisies de la façon suivante :

- Pour éviter le même sort à une sœur⁹⁷ : « C'est la peur que ma sœur soit elle-même violée qui m'a poussé à tout raconter ».
- Par la confiance de l'enfant à un autre⁹⁸ : « Une fois L. m'a montré des bleus à ses jambes, provoqués par les coups de son père. Elle m'a dit aussi qu'elle ne pouvait pas faire ses devoirs car son père l'obligeait à faire le ménage et la vaisselle. Elle m'a confiée un jour que si elle racontait ce qu'elle savait sur son père, il irait en prison pour un bon moment. L. avait un petit copain. Son père l'a traité de « sale putain » et ne voulait pas voir ses copains. » ;

Par la confiance à une conseillère d'éducation⁹⁹, à un enseignant¹⁰⁰ ou à une grand-mère¹⁰¹ : « ma grand-mère, c'est comme mon amie, je peux tout lui dire ».

- A l'occasion d'une fugue, lorsque l'enfant est pris par la police¹⁰².
- Par une grossesse¹⁰³.

⁹⁵ Professeur Daligand

⁹⁶ S.Portelli, *Abus sexuels sur enfants : prévention, guérison, le rôle du juge*.

⁹⁷ D.J. n°8

⁹⁸ D.J. n°2

⁹⁹ D.J. n°9

¹⁰⁰ D.J. n°11

¹⁰¹ D.J. n°7

¹⁰² D.J. n°1

¹⁰³ D.J. n°5

- Par l'intervention de la mère¹⁰⁴.
- Par le récit de l'adolescente à son premier amour¹⁰⁵ : le petit ami de N. confirme avoir eu à deux reprises des relations sexuelles avec N. Il précise qu'elle n'était plus vierge et semblait avoir de l'expérience lors de leurs ébats. C'est à la suite de cela qu'elle lui a avoué le viol.
- Enfin, suite à une tentative du père sur les amies de sa fille¹⁰⁶.

La révélation passe par l'assurance chez l'enfant que l'acte incestueux est bien anormal ; que l'attitude paternelle n'est pas celle de tous les autres pères.

Elle est d'autant plus difficile que les faits se prolongent dans le temps. En effet, c'est le cas de la petite C. dont la relation incestueuse a duré de 9 à 23 ans¹⁰⁷.

Ce constat est si évident qu'il a notamment conduit le législateur à mettre en place une procédure pénale spécifique pour les victimes mineures.

¹⁰⁴ D.J. n°4

¹⁰⁵ D.J.n°10

¹⁰⁶ D.J.n°3

¹⁰⁷ D.J. n°5

CHAPITRE 1 LA SPECIFICITE DE LA PROCEDURE PENALE FACE AUX VICTIMES MINEURES

« J'étais devenue incapable de vivre avec notre secret, comme tu me le demandais depuis cinq ans. Cinq ans de mensonges, de prétentions, de manipulations. (...) J'avais toujours peur de te fâcher, de te déplaire et surtout de ne pas être crue. J'étais coincée entre ton désir et mon dégoût, entre ta satisfaction et ma paix. Je me sentais partagée entre la honte, la culpabilité et l'urgence d'en parler et d'en finir. »¹⁰⁸

Rien n'empêche les victimes de viol incestueux de le révéler directement aux autorités judiciaires. L'expérience prouve cependant que, dans la majorité des cas, les victimes se rendent au service de police le plus proche pour dire ce qu'elles ont vécu. Le premier rôle de la police est donc de recevoir des victimes, de les écouter et de les diriger vers les autorités judiciaires.

Il a donc été nécessaire d'adapter cette phase policière à la spécificité des mineurs victimes d'infractions sexuelles dont le viol incestueux (Section 1).

De plus, « l'accueil, l'écoute et l'information des victimes, mais également la prise en compte de leur préjudice, tant moral que matériel est l'un des devoirs éminents du Ministère public tant au stade de la poursuite et de l'instruction qu'à celui du jugement des affaires pénales, ceci devant s'inscrire dans l'évolution des missions et des fonctions que connaissent les parquets au cours des dernières années »¹⁰⁹.

C'est pourquoi la phase judiciaire a dû elle-même évoluer face aux mineurs victimes d'infractions sexuelles dont le viol incestueux (Section 2).

Cette politique pénale est plus participative : s'orientant vers des missions de réparation et d'aide aux victimes, elle a su également s'appuyer sur la société civile et notamment sur les associations.

Ce mouvement dynamique et constant est principalement illustré par l'amélioration de l'indemnisation par la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (C.I.V.I.) (Section 3).

¹⁰⁸ Témoignage recueilli par Gilles David

¹⁰⁹ Circulaire du 13 juillet 1998 du Garde des sceaux relative à la politique pénale d'aide aux victimes d'infractions pénales.

Section 1 La récente adaptation de la phase policière aux mineurs victimes de viol incestueux

Avant d'analyser l'apport de la loi du 17 juin 1998¹¹⁰ relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs concernant la mise en place de l'enregistrement de l'audition des mineurs victimes (§2), il convient de souligner la spécialisation croissante des services de police (§1).

§1 Des services de police spécialisés

La fonction première des services de police et de gendarmerie est de recevoir les plaintes des victimes ; cette mission est d'autant plus délicate que la plainte émane d'un mineur victime de viol incestueux. La mission s'avère périlleuse lorsque l'enfant à auditionner est en bas âge.

Spécialisés lors de formations continues, les professionnels (tels que les policiers de la Brigade de protection de l'enfance et de lutte contre les agressions sexuelles de Lyon ainsi que les gendarmes de la Brigade de prévention de la délinquance juvénile de Lyon) acquièrent ainsi le niveau psychologique et relationnel nécessaire à l'audition de l'enfant.

En France, on compte aujourd'hui plus de 90 brigades des mineurs (dont certaines sont pourvues d'un cabinet médical) et 23 brigades de prévention de la délinquance juvénile.

Ces spécialistes considèrent que **le premier témoignage** de l'enfant est très important dans la mesure où il est le plus proche de l'expérience vécue.

Ils sont ainsi chargés de recueillir la parole de l'enfant de manière aussi fidèle et fiable que possible.

Mais il est primordial d'immuniser l'enfant contre les interprétations suggestives.

L'entretien avec l'enfant doit être progressif et totalement impartial : « les policiers ne doivent avoir ni de parti pris ni de préjugés »¹¹¹.

En effet, une audition d'enfant se prépare en aménageant au préalable plusieurs étapes : il faut tout d'abord établir une relation avec l'enfant en lui expliquant notamment la fonction du policier puis amener l'enfant à parler de lui dans sa famille et non pas se centrer uniquement sur l'acte criminel.

¹¹⁰ Loi n°98-468

¹¹¹ Capitaine de police Mariage-Cornali, chargé d'études à l'I.H.E.S.I.

Car c'est sur les différents procès-verbaux établis par les autorités de police ou de gendarmerie que l'autorité judiciaire pourra fonder son action pénale. Or, « sans bonne police, il n'y a pas de bonne justice »¹¹².

Ainsi, par la révélation, le circuit du langage est relancé. « La parole est libératrice ; la justice fait prendre conscience de ce que je suis et opère ainsi une véritable renaissance. Elle est la sortie du silence et de la mort. »¹¹³

Même si l'enfant craint **les conséquences** que sa divulgation peut entraîner notamment les pressions postérieures de l'entourage familial¹¹⁴, l'intolérable est trop fort et la révélation lui paraît vitale.

Alors, des sentiments de haine se développent dans un dossier judiciaire : « je veux qu'il paye pour ce qu'il m'a fait »¹¹⁵. Dans ce cas, « la justice va offrir à la victime une vengeance et une réparation ; telles sont les fonctions de la peine et de l'indemnisation. La justice a d'autres effets mais ils ne doivent pas faire oublier cette production première »¹¹⁶.

De tels sentiments peuvent être exacerbés par le déni solide du père face aux accusations de sa fille. En effet, le père incestueux peut rester imperturbable tout au long de la procédure (six dossiers sur douze) : « je ne vois pas pourquoi j'aurais violé ma fille alors que j'avais sa mère ! »¹¹⁷. Un expert a souligné à propos de ce dossier : « une telle capacité de déni chez un homme mis en cause pour des faits semblables va tout à fait dans le sens d'une personnalité perverse »¹¹⁸.

Dans ce cas, la victime a déclaré : « je ne sais pas si j'en veux à mon père aujourd'hui. J'aimerais tellement qu'il dise la vérité ! Ca serait plus facile pour lui et pour moi. »

Il peut également avouer, non seulement en minimisant la gravité et la fréquence des faits¹¹⁹ mais également en rejetant la responsabilité sur sa fille : « c'est elle qui me cherchait ; elle fermait la porte derrière nous et non l'inverse ; je lui disais que c'était défendu, que ce qu'elle faisait n'était pas bien et que nous allions nous faire engueuler »¹²⁰.

¹¹² Monsieur l'Avocat général Viout près la Cour d'appel de Lyon

¹¹³ Monsieur l'Avocat général Coste

¹¹⁴ « L. était bouleversée par les menaces de suicide de son père en prison. Elle m'a dit que ces menaces lui avaient été rapportées par sa mère. Celle-ci lui avait même demandé de retirer sa plainte. »

¹¹⁵ D.J. n°5

¹¹⁶ S.Portelli

¹¹⁷ D.J. n°7

¹¹⁸ D.J. n°4

¹¹⁹ D.J. n°2, 8, 9.

¹²⁰ D.J. n°9

Il peut également avouer en justifiant ses actes comme un éveil de sa fille à la sexualité : « je préférerais que ce soit moi qui la dépucelle pour lui faire son éducation sexuelle »¹²¹. Mais un aveu complet du père est rare.

La dénonciation de l'inceste aboutit ainsi à l'éclatement de la cellule familiale, éclatement fortement préjudiciable à trois niveaux :

- la mère peut ne pas croire l'enfant dans ses révélations et ainsi le rejeter. Tel est le cas de la petite F. qualifiée par sa mère de « responsable de la ruine de la famille » et de « menteuse »¹²². La mère semble donc faire corps avec son mari et s'approprie son procès : « nous avons été condamnés »¹²³

- la famille peut également se retrouver dans une situation très critique lorsque le père, ayant seul la charge de famille, est incarcéré.

- la victime elle-même peut être écartelée entre l'amour qu'elle porte malgré tout à son père et son désir de vengeance : « je veux qu'il soit puni mais pas trop ! »¹²⁴.

Confesser le viol incestueux conduit alors l'enfant à se confronter au regard des autres et à le redouter.

§2 L'enregistrement de l'audition du mineur victime de viol incestueux

L'importance du contentieux relatif aux abus sexuels dont sont victimes des enfants, surtout et notamment au sein du milieu familial, a conduit le législateur à élaboré une procédure particulière d'enregistrement audiovisuel ou sonore de l'audition de ces victimes telle qu'elle a été imaginée et pratiquée par la justice québécoise depuis plusieurs années.

Cet enregistrement du mineur victime de viol incestueux est une obligation au stade de l'enquête et de l'instruction. Il doit être effectué avec le consentement de l'enfant ou le cas échéant avec celui de son représentant légal (sa mère le plus souvent).

Néanmoins, le Procureur de la République ou le juge d'instruction peut décider de ne pas procéder à cet enregistrement. Mais dans ce cas, la décision doit être motivée.

¹²¹ D.J. n°3

¹²² D.J. n°11

¹²³ D.J. n°7

¹²⁴ D.J. n°8

La raison peut être le fait que l'enfant ait été filmé nu par son père incestueux¹²⁵. Dès lors, ce nouvel enregistrement audiovisuel ne l'enfermerait-il pas dans son rôle d'image ?

Cette procédure d'enregistrement est explicitée dans la Circulaire du garde des sceaux du 20 avril 1999 (*annexe 2*) et est appliquée depuis le 1^{er} juin 1999.

Elle vise deux principaux objectifs :

- éviter à l'enfant victime des traumatismes psychiques répétés par la multiplication des auditions à toutes les phases de la procédure pénale.

Rappelons que, sur le plan affectif, l'enfant qui révèle un abus sexuel est en situation d'isolement extrême : il vient de rompre le secret auquel il était assujéti, parfois depuis plusieurs années, secret d'une relation impensable au sujet de laquelle il peut se persuader qu'on ne le croira pas¹²⁶ (ce dernier sentiment pouvant s'accroître au fil des interrogatoires, car comment l'enfant peut-il comprendre qu'il lui soit demandé de répéter encore ce qu'il a déjà expliqué maintes fois, si ce n'est en le traduisant par l'incrédulité de l'interrogateur ?).

- faciliter la prise de parole de l'enfant en procédant à son audition dans des « locaux devant présenter une certaine convivialité, du moins une neutralité suffisante »¹²⁷ et veiller, par une technique de conduite appropriée de l'entretien, à ne pas influencer sur le contenu de son discours.

En effet, l'enfant, notamment jusqu'à la pré-adolescence, est très sensible à la suggestion, surtout en ce qui concerne les détails de l'événement plutôt qu'à son déroulement propre. La suggestibilité est d'autant plus forte si l'information provient d'un adulte, et si l'enfant, déstabilisé, veut à tout prix plaire à celui-ci¹²⁸.

Or, les entretiens et interrogatoires consécutifs à sa révélation influencent souvent l'enfant, soit que les questions sont suggestives, soit qu'elles apportent une distorsion de la réalité. Progressivement, il semble que l'enfant puisse s'approprier ces informations en les incluant dans sa déposition, et son récit pourra présenter alors des détails incohérents.

¹²⁵ La Brigade de protection de l'enfance et de lutte contre les agressions sexuelles de Lyon nous a relaté les pratiques sexuelles d'une famille incestueuse (quatre enfants et la mère) que le père filmait.

¹²⁶ D.J. n°2, 3, 6, 7, 8, 9 et 10.

¹²⁷ Les nouveaux locaux de la Brigade de prévention de la délinquance juvénile de Lyon répondent à ces critères.

¹²⁸ D.J. n°5

A la lumière de ces constatations, nous comprenons que la procédure pénale doit tenir compte de la spécificité de l'enfant victime de viol incestueux pour remplir sa mission de recherche de la vérité. Il y avait donc bien lieu de mettre en place un autre mode de recueil de son témoignage.

Pour réaliser ces objectifs, il a été nécessaire de bouleverser les mécanismes habituels de notre procédure pénale et de mettre à nu la conduite des auditions policières (ce qui ne va pas sans déplaire à certains policiers !).

Section 2 L'actuelle évolution de la phase judiciaire face aux mineurs victimes de viol incestueux

Avant d'étudier la prise en compte spécifique des mineurs victimes de viol incestueux par le Parquet (§1) et par le juge d'instruction (§2), il convient de souligner le rôle des associations d'aide aux victimes devenues « un véritable service public »¹²⁹.

Le partenariat de la justice avec les associations d'aide aux victimes

Pour mener à bien ses missions, l'institution judiciaire bénéficie du concours d'un réseau de services d'aide aux victimes fédérés pour la plupart au sein de l'I.N.A.V.E.M. et subventionnées par le Ministère de la justice. On compte aujourd'hui 149 associations d'aide aux victimes.

Des permanences sont assurées dans 50 tribunaux de grande instance, dans 15 commissariats de police dans 6 hôpitaux et dans les 30 Maisons de justice et du droit existantes.

Les associations d'aide aux victimes ont pour rôle d'accueillir, d'écouter, d'aider, d'orienter et d'accompagner gratuitement les victimes d'infractions pénales et notamment les victimes de viol incestueux, dans un souci constant de permettre à celles-ci de suivre leur propre voie après avoir été mises en mesure d'effectuer un choix éclairé.

De plus, il s'agit de rendre à ces victimes leur place de sujet en leur restituant la parole et en mettant en œuvre à leur profit une véritable solidarité tout au long de la procédure pénale.

¹²⁹ Discours du Garde des sceaux à l'Assemblée générale de l'I.N.A.V.E.M. du 2 juin 1999

Mais c'est aussi au Parquet et au juge d'instruction qu'il appartient d'accueillir, d'écouter et surtout d'informer la victime de viol incestueux et plus encore la victime mineure.

§1 La prise en compte spécifique des victimes mineures par le Parquet

Deux modifications substantielles récentes bénéficient aux victimes mineures de viol incestueux : la première concerne la motivation des classements sans suite et l'information des victimes (A) ; la seconde est relative au délai de prescription de l'action publique (B).

A. La motivation des classements sans suite et l'information des victimes

Lorsque la décision prise sur l'action publique est une décision de classement sans suite, le Parquet doit assurer une information des mineurs victimes de viol incestueux.

La pratique des parquets consistait à « souligner le motif du classement sans suite et à rayer les mentions utiles » parmi 35 motifs lapidaires (Cf. *Annexe 3*) ; la motivation étant ainsi inadmissible pour les victimes.

C'est pourquoi la loi du 17 juin 1998 dans son article 27 complète l'article 40 du Code de procédure pénale par une phrase ainsi rédigée : « lorsqu'il s'agit de faits commis contre un mineur et prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du Code pénal, l'avis de classement doit être *motivé* et *notifié par écrit* ».

Les services d'aide aux victimes peuvent également être informés de ces classements sans suite et mobilisés pour répondre au cas par cas à une demande d'aide de la victime.

De plus, lorsqu'il y a poursuite, toute victime doit pouvoir obtenir le plus rapidement possible des informations tant sur le déroulement de l'enquête développée à partir de sa plainte que sur les règles générales de procédure et les possibilités d'indemnisation qui lui sont ouvertes.

Nous espérons que la loi ne restera pas lettre morte au nom de l'habituel « surcharge des tribunaux » ou encore du traditionnel « manque de moyens » avancé par les magistrats.

B. Le nouveau délai de prescription pour les mineurs victimes de viol incestueux

Dans tous les dossiers judiciaires, nous avons pu constater l'absence de réaction immédiate de l'enfant incesté et son silence quant aux faits.

On se trouve donc face à des enfants incapables de s'exprimer, réticents à parler ou s'exprimant de façon difficilement compréhensible. Tel est le cas de la petite C. qui s'est terrée dans un mutisme de quatorze ans¹³⁰.

Le constat est si évident qu'il a incité le législateur à briser la loi du silence en allongeant le délai de prescription.

En effet, la loi de 1989 a ajouté un alinéa à l'article 7 du Code de procédure pénale selon lequel « lorsque la victime est mineure et que le crime a été commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par une personne ayant autorité sur elle, le délai de prescription est rouvert ou court à nouveau à son profit, pour la même durée (dix ans), à partir de sa majorité ».

Le législateur a pris conscience que l'enfant incesté ne pouvait sortir réellement de son silence que lorsqu'il peut s'échapper du cadre intra-familial. Il faut donc nécessairement beaucoup de temps pour révéler et pour dénoncer.

Ainsi, les viols incestueux commis sur la petite C. de neuf à treize ans demeurent punissables.

De même, l'article 25 de la loi du 17 juin 1998 a généralisé ce principe à tous les mineurs victimes de crimes.

§2 La prise en compte spécifique des victimes mineures par le juge d'instruction

La loi du 17 juin 1998 consacre une protection accrue de l'enfant victime de viol incestueux notamment devant le juge d'instruction.

Elle prévoit en effet la présence d'un tiers lors des auditions et confrontations (A), la désignation d'un administrateur ad hoc (B) et une expertise médico-psychologique (C).

¹³⁰ D.J. n°5

A. La présence d'un tiers

Conformément à l'article 706-53 du Code de procédure pénale, les auditions ou les confrontations des mineurs victimes de viol incestueux réalisées au stade de l'enquête ou de l'instruction, sur décision du Procureur de la République ou du juge d'instruction (le cas échéant à la demande du mineur victime) peuvent être effectuées en présence « d'un psychologue ou d'un médecin spécialistes de l'enfance ou d'un membre de la famille du mineur ou de l'administrateur ad hoc désigné (...) ou encore d'une personne chargée d'un mandat du juge des enfants ».

Il reste donc à délimiter le rôle de cet intervenant.

Il constitue sans doute un soutien moral pour l'enfant de par sa présence physique lors des auditions et des confrontations mais « il ne doit en aucun cas prendre la place de l'enfant »¹³¹.

Pour l'enfant victime de viol incestueux qui n'a pas le soutien de ses parents, cette présence est indispensable.

Pour le juge, la présence du tiers peut être d'une aide précieuse. En effet, le magistrat instructeur n'est pas toujours un spécialiste de l'enfance au sens de la loi et le psychologue, par exemple, pourra l'aider dans la conduite des entretiens.

Il semble alors qu'il appartienne au juge de définir en pratique le rôle du tiers.

B. La désignation d'un administrateur ad hoc

Selon l'article 706-50 du Code de procédure pénale, le Procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi de faits constituant le viol incestueux à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur ad hoc.

L'administrateur ad hoc est nommé par le magistrat compétent, soit parmi les proches de l'enfant, soit sur une liste de personnalités dont les modalités de constitution sont fixés par décret en Conseil d'Etat (...).

Il paraît en effet évident que la protection des intérêts de l'enfant ne peut être complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux.

Ainsi, l'administrateur ad hoc assure la protection des intérêts du mineur et exerce s'il y a lieu, au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile.

« Il doit renforcer la place de l'enfant mais il doit la lui restituer »¹³²

¹³¹ Selon un magistrat instructeur.

« Il est simplement chargé d'accompagner juridiquement l'enfant et apparaît comme un membre du réseau de partenariat autour de l'enfant. »¹³³

Protéger les intérêts de l'enfant nous paraît signifier également l'informer sur le déroulement du processus judiciaire (lui expliquer notamment la raison de la longueur de la procédure) car « un enfant qui comprend est un enfant qui souffre moins »¹³⁴.

L'administrateur ad hoc doit intervenir tout au long de la procédure et surtout lors du procès d'Assises.

Il semble nécessaire qu'il doive également maintenir des contacts avec l'enfant au-delà du procès.

En outre, est-il nécessaire d'instaurer la mise en place d'un « référend » – aux côtés de l'administrateur ad hoc – qui accompagnerait l'enfant tout au long de la procédure ? La prolifération des intervenants autour de l'enfant ne lui est-elle pas néfaste ?

La qualité des intervenants est à privilégier sur la quantité !

C. L'expertise médico-psychologique des victimes mineures de viol incestueux

La loi du 17 juin 1998 prévoit dans son article 706-48 que les mineurs victimes de viol incestueux peuvent faire l'objet d'une expertise médico-psychologique destinée à apprécier la nature et l'importance du préjudice subi et à établir si celui-ci rend nécessaires des traitements ou des soins appropriés.

L'originalité de cette expertise réside dans le fait qu'elle peut être ordonnée dès le stade de l'enquête préliminaire.

Son impact sera important dans l'esprit des jurés lors du procès d'Assises.

En outre, force est de constater qu'aucun suivi médico-psychologique n'est prévu par la loi.

Que deviennent alors les victimes de viol incestueux après le procès et plus encore celles qui n'ont rien obtenu d'un Procureur, d'un juge d'instruction, d'un Tribunal correctionnel ou d'une Cour d'assises ?

Un tel suivi n'est-il pas nécessaire et indispensable afin d'éviter notamment à la victime de tomber dans « l'inceste transgénérationnel » ?

¹³² JP. Berthet, juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Bourg-en-Bresse

¹³³ F. Taisne de Mullet, Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Belley

¹³⁴ C.Ollivier-Gaillard, psychologue clinicienne

Pourquoi l'agresseur a-t-il eu la priorité de la mise en place d'un suivi socio-judiciaire¹³⁵ par rapport à sa victime ?

Section 3 Le soutien parallèle de la C.I.V.I.

Toute victime de viol incestueux peut obtenir la réparation intégrale des dommages résultant de ce crime, indépendamment de l'indemnisation par la Cour d'Assises, devant la C.I.V.I.

Mais c'est dans le cas d'un enfant né d'un viol incestueux que la C.I.V.I. a permis l'accomplissement de réels progrès concernant les droits de celui-ci.

En effet, par une décision du 3 juillet 1996¹³⁶, la C.I.V.I. a consacré le droit pour l'enfant né d'un inceste de demander réparation de son préjudice moral qui consiste en l'impossibilité pour lui d'établir sa filiation paternelle en vertu de l'article 334-10 du Code civil¹³⁷. L'enfant né du viol incestueux est donc considéré comme une victime indirecte de ce crime.

Ainsi, les deux enfants nés de la relation incestueuse entre C. et son père¹³⁸ ont la possibilité – représentés par leur mère – d'obtenir de la C.I.V.I. la réparation du préjudice moral qu'ils ont à subir du fait de cette impossibilité.

Parce qu'un individu a délibérément engendré un être qui sera nécessairement, du fait même de la loi, amputé à sa naissance d'une partie de ses « droits », cet individu sera susceptible de voir sa responsabilité engagée envers l'enfant à sa naissance. Et la collectivité sera éventuellement amenée à garantir l'indemnisation de ce dernier.

¹³⁵ Nouveaux articles 131-36-1 à 131-36-8 du Code pénal

¹³⁶ Recueil Dalloz 1997, p..543

¹³⁷ « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 du Code civil pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre. »

¹³⁸ D.J. n°5

CHAPITRE 2 LA RECONNAISSANCE INACHEVEE DE LA VICTIME

« L'amélioration des réponses apportées aux attentes des victimes s'inscrit dans une démarche visant à donner à la victime toute sa place dans le cadre du procès pénal qui, centré sur le débat entre la société et le délinquant, paraissait l'exclure. L'effort est entrepris, il faut le généraliser et le pérenniser. »¹³⁹

Nous avons constaté que cet effort concernait au plus au point la victime mineure. Mais des réformes doivent être entreprises pour les victimes majeures, surtout au moment du procès d'Assises.

C'est pourquoi il convient d'examiner l'inadaptation actuelle du procès d'Assises face à ces victimes de viol incestueux (section 2) après avoir analysé l'impact de l'absence trop fréquente du procès d'Assises (section 1).

Section 1 L'absence de procès d'Assises : une victime « sans cause »

- ♣ Les incertitudes de la qualification des faits se retrouvent dans le processus de déqualification ou « correctionnalisation ». Qu'elle soit fondée sur la personnalité des acteurs ou sur l'appréciation de la violence ou sur les expertises médicales, lorsqu'il y a viol incestueux, **la correctionnalisation** scandalise.

Mais elle est souvent dictée par un souci d'apaisement pour protéger la victime contre la longueur et la lourdeur du procès d'Assises.

Parfois, elle intervient au nom d'une meilleure efficacité dans la répression et par méfiance envers un jury d'Assises aux réactions inattendues !

La correctionnalisation témoigne ainsi du souci de la justice d'assurer une répression (devant certaines difficultés probatoires) sans pour autant oublier la victime.

Néanmoins, le Professeur Daligand insiste sur la nécessité du procès d'Assises afin de permettre à la victime d'amorcer son travail thérapeutique. Ne serait-ce pas le début d'un deuil voire d'un pardon ?

¹³⁹ Circulaire du 13 juillet 1998 du Garde des sceaux relative à la politique pénale d'aide aux victimes d'infractions pénales

- ♣ Le deuil n'est-il pas d'autant plus difficile que **le procès d'Assises n'existe pas** ?

Il est primordial de rendre justice à la victime et de lui permettre de comprendre ce qui s'est passé ; le jugement est la reconnaissance par la société du crime qui a été commis et de sa victime, comme le souligne l'association « Aide aux parents d'enfants victimes ».

Le procès est la reconnaissance de la véracité de la parole de la victime, parole malmenée jusqu'alors et le non-lieu laisse la victime sans cause.

Le procès d'Assises est également nécessaire pour l'auteur des faits afin qu'il puisse prendre conscience de son acte.

Toute personne coupable de viol incestueux doit être déclarée responsable de son acte même si l'article 122-1 trouve à s'appliquer. Déclarer une personne irresponsable pénalement, « c'est l'enfermer dans sa maladie »¹⁴⁰.

Section 2 **Un procès d'Assises inadéquat : une victime oubliée**

- ♣ Lors du procès d'Assises, la victime n'a **pas de place** bien déterminée : elle est souvent dans le public alors qu'elle devrait avoir une place à part entière dans le procès pénal.
- ♣ La victime aujourd'hui n'est considérée que comme partie civile au procès pénal, limitant ainsi son rôle à une demande d'indemnisation. La société attribue à la victime un sentiment de vengeance, que seul l'argent serait susceptible d'apaiser. Or, la victime ne devrait-elle pas être considérée avant tout comme une véritable **partie pénale** à l'instar du Ministère public ? Il serait équitable de lui rendre son procès.
- ♣ En outre, pourquoi la victime ne peut-elle **réfuter les membres du jury** au même titre que la Défense et le Ministère public ?
- ♣ Plus encore, il est indispensable de modifier **le serment des jurés** incomplet aujourd'hui car ne prenant pas en compte l'intérêt de la victime, alors qu'il tient compte des intérêts de

¹⁴⁰ Docteur Gonin

l'accusé et de la société qui l'accuse. Cette réforme symbolique parachèverait la reconnaissance de la victime de viol incestueux.

- ♣ Reste l'obligation impérieuse pour la Cour d'Assises de **motiver** ses arrêts car il est fondamental pour la victime d'être reconnue en tant que telle par la décision et surtout de la comprendre.

CONCLUSION

« C'est une femme aujourd'hui déprimée et surtout hantée par son histoire. Paradoxalement, depuis qu'elle a dénoncé son père, elle ne se sent pas bien et apparaît souffrante. Elle vit recluse et sursaute à chaque coup de téléphone. »¹⁴¹

Le viol incestueux est un corps à corps destructeur de la victime et surtout de l'enfant.

Pourtant, force est de constater qu'aucun suivi médico-psychologique post-judiciaire de la victime d'inceste n'est prévu par la loi.

Que deviennent les victimes de viol incestueux après le procès et plus encore celles qui n'ont rien obtenu d'un procureur, d'un juge d'instruction, d'un tribunal correctionnel ou d'une Cour d'assises ?

Un tel suivi n'est-il pas nécessaire afin d'éviter notamment à la victime de tomber dans « l'inceste transgénérationnel » ?

Pourquoi l'agresseur a-t-il eu la priorité de la mise en place d'un suivi socio-judiciaire par rapport à sa victime ?

En transgressant la loi, l'inceste introduit le désordre : l'ordre familial est rompu, les rôles sont inversés, la famille est éclatée. Il est demandé au juge pénal de sanctionner cette transgression. Mais l'efficacité des textes de loi – même imparfaits – restent très largement tributaire de la volonté du corps social tout entier à dénoncer l'inceste et à saisir les instances judiciaires.

Nous sommes convaincues que le viol incestueux ne laisse personne indifférent et qu'il est nécessaire d'instaurer une concertation multidisciplinaire accrue.

La complémentarité de la Justice, de la Psychiatrie et des acteurs sociaux est une évidence en matière d'inceste.

Leur collaboration permettra de rendre « saisissable » ce « crime insaisissable ».

¹⁴¹ D.J. n°3 (conclusion de l'expertise médico-psychologique)

Annexe 1

Tableau de synthèse des dossiers judiciaires

N° des dossiers judiciaires	1	2	3	4	5		6	7	8	9	10	11	12
Sexe de la victime	F	F	F	F	F		F	F	F	F	F	F	M
Lien de parenté avec la victime et Age de l'auteur	Père 33 ans	Père 29 ans	Père 30 ans	Père 31 ans	Père 38 ans	Frère (n°12) 20 ans	Père 28 ans	Oncle 20 ans	Oncle 26 ans	Père 40 ans	Père 34 ans	Père 35 ans	Père 38 ans
Agresseur lui-même victime					X				X				
Durée de l'inceste	3 ans	5 ans	16 ans	1 an	14 ans	2 ans	3 ans	10 ans	11 ans	6 ans	7 ans	6 ans	7 ans
Agresseur alcoolique	X				X		X				X	X	X
Violence					X							X	X
Contrainte physique		X											
Contrainte morale	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Menace			X		X		X						X
Surprise				X									
Fellation		X	X		X		X	X	X	X	X	X	X
Sodomie		X	X		X				X			X	X
Introduction de corps étrangers					X						X		
Complicité par abstention de la mère		X	X			X				X	X		X
Complicité active de la mère	X				X								
Déni de l'agresseur				X	X		X	X				X	X

Annexe 2

- ✦ **Articles 706-50, 706-52 et 706-53 du Code de procédure pénale**
- ✦ **Circulaire ministérielle du 20 avril 1999**

Annexe 3

♣ Décision de classement sans suite – Motif de la décision

Annexe 4

Les constantes du profil psychologique de l'incestueux

A l'analyse des dossiers, la conjonction de l'environnement socio-familial (§1) et du caractère violent de l'incestueux (§2) nous est apparue comme étant symptomatique du crime d'inceste.

§1 L'environnement socio-familial de l'incestueux

- D'après notre échantillon, il apparaît que les pères commettent le viol incestueux entre 28 et 40 ans, alors que les oncles et le frère passent à l'acte entre 20 et 26 ans.

Le père incestueux est généralement marié (neuf cas sur douze). Néanmoins, un dossier fait état d'un veuf (il prendra sa fille pour un substitut conjugal)¹⁴².

De plus, il a en moyenne deux enfants (dans la majorité des cas, ce sont des filles¹⁴³) ; ce qui ne correspond pas à la description criminologique classique selon laquelle l'auteur de l'inceste est à la tête d'une famille nombreuse¹⁴⁴.

- L'auteur du viol incestueux n'est pas à proprement parler un délinquant : deux auteurs seulement ont un petit passé judiciaire (recel de vol¹⁴⁵, exhibitionnisme¹⁴⁶). Mais il n'y a pas de multirécidivistes.
- Souvent, l'agresseur a une sexualité conjugale plutôt pauvre. Le père de la petite C. déclare : « on a des rapports avec ma femme à peu près tous les mois car je n'ai pas d'appétit sexuel. Vous savez,

¹⁴² D.J. n°4

¹⁴³ D.J. n°1, 2, 3, 6, 9, 10, 11.

¹⁴⁴ *L'inceste*, Que sais-je ? , PUF, 1995.

¹⁴⁵ D.J. n°11

¹⁴⁶ D.J. n°9

on est marié depuis longtemps. »¹⁴⁷.

Certains souffrent de troubles sexuels (impuissance, malformation du pénis).

Néanmoins, plus rarement, il existe au sein de la famille des originalités en matière de sexualité les différenciant du lot commun des pratiques sexuelles par l'existence d'un degré de liberté excessive¹⁴⁸.

- L'agresseur présente généralement depuis son enfance des carences affectives. Tantôt il est rejeté par sa mère tantôt par ses compagnes¹⁴⁹. En l'espèce, seule sa nièce ne le rejetait pas et il a alors confondu l'affection de cet enfant avec la séduction.
- L'auteur de l'inceste connaît en général une situation sociale plutôt difficile. Ils sont tantôt ouvrier en bâtiment¹⁵⁰, chauffeur routier¹⁵¹, peintre en bâtiment¹⁵², agent de surveillance¹⁵³, tantôt chômeurs¹⁵⁴. Leur insertion professionnelle est très souvent la reproduction de leur milieu social d'enfance¹⁵⁵.

Cela dit, il est dangereux d'établir l'inceste par rapport à un lien de causalité avec une catégorie socio-professionnelle. En effet, cette constante est à elle seule insuffisante pour expliquer le crime. Elle n'intervient donc que comme élément favorisant.

- Le niveau intellectuel de l'incestueux est plutôt faible. Les expertises psychologiques des dossiers étudiés en témoignent : « Quotient intellectuel bas »¹⁵⁶.
Comme le souligne J.Picat, « son sentiment d'infériorité et d'inutilité accroît d'autant plus son isolement et son passage à l'acte ».
- Nous avons constaté, à travers deux dossiers¹⁵⁷, que les auteurs de viol incestueux disaient avoir été victimes d'abus sexuels dans leur enfance, ce qui s'explique en grande partie par le mécanisme d'identification à l'agresseur. Il semblerait que cette victime s'identifie à son bourreau pour mieux le combattre.

¹⁴⁷ D.J. n°5

¹⁴⁸ La Brigade de protection de l'enfance et de lutte contre les agressions sexuelles de Lyon nous a relaté les pratiques sexuelles d'une famille incestueuse (quatre enfants et la mère) que le père filmait.

¹⁴⁹ D.J. n°8

¹⁵⁰ D.J. n°4

¹⁵¹ D.J. n°7

¹⁵² D.J. n°6

¹⁵³ D.J. n°11

¹⁵⁴ D.J. n°8, 9, 12.

¹⁵⁵ Tous les dossiers judiciaires en témoignent sauf le n°8 (Mère, expert-comptable et père, ingénieur).

¹⁵⁶ D.J. n°5, 7, 8, 12.

¹⁵⁷ D.J. n°5 et 8

- Le passage à l'acte est également favorisé par le comportement de la mère. Elle est souvent passive (*cf. supra*) et/ou absente du foyer. Dans six dossiers, le père profite de l'absence de la mère pour abuser de sa fille.
- En général, l'agresseur manifeste des difficultés à établir et à maintenir des contacts avec autrui ; il a peu d'amis et peu de relations, ce qui n'exclut pas pour autant qu'il puisse avoir de bonnes relations de voisinage¹⁵⁸.

De plus, il s'enferme généralement dans un huis-clos où famille rime souvent avec violence.

§2 Le caractère violent de l'incestueux

Trois dossiers font état de violences physiques¹⁵⁹. Nous l'avons vu, le viol incestueux est le plus souvent un viol sans violence apparente. Il s'exprime plus à travers la contrainte morale que l'on définit familièrement comme la violence morale. En effet, tous les dossiers en sont empreints. En outre, six dossiers font état de l'alcoolisme du père incestueux¹⁶⁰.

- La violence est nécessaire à l'existence de l'inceste à deux niveaux :
 - nécessaire pour contraindre l'enfant en cas de résistance,
 - nécessaire également pour obtenir le silence de l'enfant victime.

La violence n'est pas ponctuelle mais latente : elle imprègne les relations incestueuses, permettant ainsi au père d'affirmer son autorité et d'imposer sa loi.

Les expertises médico-psychologiques effectuées sur les auteurs révèlent comme traits constants, à côté de l'immaturité, l'autoritarisme, la brutalité et l'alcoolisme.

Certains dossiers font état d'un climat de terreur que le père fait régner sur sa victime. C'est le cas du père de la petite O. qui avait mis au point une sorte de « code » pour communiquer entre eux : un geste de la main du père signifiait que O. devait écartier les jambes tandis qu'un geste de la tête voulait dire qu'elle devait enlever sa culotte pour lui faire voir son sexe¹⁶¹.

De même, le père de la petite L. lui ordonnait de monter dans sa

¹⁵⁸ D.J. n°8, 9.

¹⁵⁹ D.J. n°5, 11 et 12.

¹⁶⁰ D.J. n°1, 5, 6, 10, 11 et 12.

¹⁶¹ D.J. n°3

chambre quelques fois sans manger, lui interdisait de sortir et avait retiré la poignée de sa porte de chambre pour qu'elle ne s'enferme pas. Elle ne pouvait pas faire ses devoirs car son père avait souvent coupé l'électricité de sa chambre¹⁶².

Dans ce climat permanent de violence, la seule solution de survie pour la victime consiste à obéir (par exemple en simulant le plaisir pour être plus vite tranquille¹⁶³), se taire et fuir dès que possible¹⁶⁴.

Les pères agissent ainsi comme s'ils étaient propriétaires de leur fille.

Cette constante est flagrante dans une affaire¹⁶⁵ : alors que la victime devenue adulte, entretenait des relations suivies avec un jeune homme, son père est devenu extrêmement violent en gestes et en paroles. Il menaçait de tuer son petit ami et réveillait sa fille en pleine nuit, la giflait furieusement, déchirait ses vêtements et la violait, en lui hurlant qu'elle lui appartenait. « Je suis ton mec ! Reviens-moi ! »

- L'incidence de l'alcool sur le comportement incestueux mérite une attention particulière, car l'alcool constitue une donnée quasi permanente des dossiers de viol incestueux (50%). Parfois, la brutalité dont fait preuve le père est la conséquence d'un alcoolisme latent ; parfois, l'alcool intervient en tant que facilitateur, en libérant les pulsions et permettant le passage à l'acte.

« En matière d'inceste, l'alcool – en suspendant les inhibitions et les freins d'ordre moral – est un facteur de libération des pulsions profondes de l'individu. Faute de pouvoir changer le monde, le père vit pour quelques instants sur le mode imaginaire de la puissance et de la domination brutale. »¹⁶⁶

Pour leur défense, les pères incestueux tentent souvent de minimiser leur responsabilité en affichant leur état d'alcoolique. Ils espèrent sans doute ainsi diminuer leur peine. Le père C. déclare : « ça m'est arrivé parce que j'avais trop bu »¹⁶⁷.

L'alcool a un statut ambigu : il intervient parfois comme circonstance aggravante et parfois comme circonstance atténuante (surtout pour les jurés de la Cour d'assises).

Néanmoins, la jurisprudence se refuse à voir dans l'ivresse une

¹⁶² D.J. n°2

¹⁶³ D.J. n°3

¹⁶⁴ D.J. n°11

¹⁶⁵ D.J. n°3

¹⁶⁶ S.Lorvellec, assistante de recherche, Faculté de droit de Nantes.

¹⁶⁷ D.J. n°5

cause légale d'exemption de peine (solution logique puisque l'ivresse est de plus en plus réprimée en tant que telle).
La responsabilité du père est donc entière dans la mesure où il en a été volontairement l'auteur¹⁶⁸.

Mais il est risqué d'établir une corrélation systématique entre alcoolisme, violence et passage à l'acte incestueux : « Alcoolisme et violence ne sont que des moyens d'accès »¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Tribunal correctionnel de Nevers, 30 janvier 1976, Gazette du Palais 1976, 2, sommaire 227.

¹⁶⁹ L.Razon, *Enigme de l'inceste*, Ed. Denoël 1996

Les constantes observées chez la victime incestuée

Il convient, dans un premier temps, de tenter de dresser le « portrait-type » de la victime (§1) avant de voir, dans un second temps, que l'affection de l'enfant est interprétée par le père comme une séduction sexuelle (§2).

§1 L'essai d'un portrait-type de la victime

Esquisser un portrait de la victime de viol incestueux est un exercice plus difficile que pour l'agresseur. En effet, les dossiers judiciaires contiennent peu d'informations.

Néanmoins, certaines constantes peuvent être dégagées :

- Les victimes sont en majorité des filles (onze cas sur douze).
- Elles sont généralement très jeunes la première fois que leur agresseur leur impose un rapport sexuel complet. La moyenne se situe autour de 9 ans.
C'est à cet âge que la satisfaction sexuelle du père est plus facile à obtenir : la victime est jeune donc désarmée et vulnérable.
- La présence d'un garçon parmi les victimes n'implique pas – sauf exception – une tendance à la pédophilie de la part des auteurs. Ajoutons que le père peut passer indifféremment de la fille au garçon¹⁷⁰.
- C'est la fille aînée qui subit en priorité l'inceste¹⁷¹. Lorsqu'elle devient majeure, elle échappe – en principe¹⁷² - à l'emprise de son père en quittant le domicile familial. Dès lors, sa sœur cadette lui succède¹⁷³.

¹⁷⁰ D.J. n°12

¹⁷¹ D.J. n°11

¹⁷² A contrario D.J. n°3 et 5

¹⁷³ D.J. n°11 : le père a abusé successivement de ses trois filles.

§2 De l'affection de l'enfant à la sexualité du père

Comme nous l'avons vu précédemment, le passage à l'acte incestueux se réalise à l'encontre d'enfants très jeunes, parfois même en bas âge (la petite S. a été abusée à l'âge de cinq ans et demi)¹⁷⁴.

Force est de constater que, dans onze cas, le viol incestueux est toujours l'aboutissement du même scénario : il s'établit progressivement, en plusieurs étapes, des caresses au viol en passant par des attouchements ; il s'aggrave en intensité et en fréquence. « L'auteur est un véritable toxicomane à la chair de l'enfant. Il est dans une structure toxicomaniaque nécessitant un sevrage obligé sous le sceau de la loi. »¹⁷⁵

Dans ces cas là, « naît chez l'abuseur une érotisation intense du contact corporel entraînant une excitation sexuelle incontrôlable »¹⁷⁶.

En effet, il semble qu'il réponde à l'affection de l'enfant – naturellement portée à son père – par la séduction sexuelle :

« Elle se mettait sur mes genoux, elle m'embrassait sur la figure et me prenait dans ses bras. J'ai aimé ça. Je la prenais pour plus vieille que ça. Je m'identifiais à elle. J'aurais du être mature à l'époque. J'étais amoureux d'elle. »¹⁷⁷.

Comme l'a souligné Monsieur l'Avocat général Coste pour cette affaire, « il prend un sourire pour une promesse ».

L'expert a conclu à l'immatunité du père et « à une personnalité de type border-line dans laquelle les interdits œdipiens n'ont pratiquement pas été mis en place, d'où son passage à l'acte sur sa fille ». Seuls semblent dominer les sentiments immédiats de plaisir et de colère, sans contrôle moral, sans que la pensée puissent intervenir.

Car il faut savoir que dans l'évolution psycho-affective du sujet, la structuration œdipienne est la dernière à se mettre en place et donne les interdits de l'inceste mais aussi les interdits concernant la différence des âges et l'endogamie.

A cela s'ajoute l'ignorance de l'interdit légal : « Je pensais que cela aurait le même degré de gravité que les bêtises que peuvent faire les ados ».

C'est là que la confusion des générations apparaît et c'est bien d'un problème de place au sein de la famille qu'il s'agit : « personne n'a de place, il n'y a de place pour personne et personne n'est à sa place »¹⁷⁸.

Le système incestueux fonctionne autour de cette place vacante – principalement celle de la mère – toujours en attente d'être occupée, en l'occurrence par sa fille.

Certains dessins d'enfants sont parlants à cet égard : une enfant s'identifie complètement à sa mère absente du fait de l'attitude confusionnelle de son père en se dessinant dans la chaîne des générations à la droite de son père, sans la

¹⁷⁴ D.J. n°4

¹⁷⁵ Professeur Daligand

¹⁷⁶ L.Razon

¹⁷⁷ D.J.n°8

¹⁷⁸ L.Razon

présence de sa mère, aussi grande que lui, vêtue et maquillée comme pourrait l'être sa mère¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Dessin recueilli par le Professeur Daligand, Maître de conférences des universités, Praticien hospitalier, Expert-psychiatre, Psychothérapeute.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES, par ordre alphabétique d'auteurs

- ♣ B.d'Astorg *Variations sur l'interdit majeur, littérature et inceste en Occident* (Ed. Gallimard 1990)
- ♣ G.David *J'ai commis l'inceste* (Ed. de l'Homme 1995)
- ♣ J-D.de Lannoy et P.Feyereisen
L'inceste (Que sais-je ? PUF 1995)
- ♣ C.Garcin *Procédure pénale* (Ed. L'hermès 1993)
- ♣ M.Godfryd *Vocabulaire psychologique et psychiatrique*
(Que sais-je ? PUF 1997)
- ♣ F.Heritier *Les deux sœurs et leur mère, anthropologie de l'inceste*
(Ed. O.Jacob 1997)
- ♣ G.Lopez *Les violences sexuelles sur les enfants*
(Que sais-je ? PUF 1997)
- ♣ G.Lopez et S.Bornstein
Les comportements criminels (Que sais-je ? PUF 1994)
- ♣ G.Lopez et G.Filizzola
Le viol (Que sais-je ? PUF 1996)
- ♣ F-J.Pansier *La peine et le droit* (Que sais-je ? PUF 1994)
- ♣ J.Pradel *Droit pénal général* (Ed. Cujas 8^e édition 1992)
- ♣ J.Pradel et M.Danti-Juan
Droit pénal spécial (Ed. Cujas 1995)
- ♣ M-L.Rassat *Procédure pénale* (Coll. Droit fondamental Ed. 1995)
- ♣ L.Razon *Enigme de l'inceste, du fantasme à la réalité*
(Ed. Denoël 1996)
- ♣ J.Royer *Que nous disent les dessins d'enfants ?*
(Ed. Hommes et perspectives 1995)

CODES

- ♣ Code civil Dalloz 1997-98
- ♣ Code pénal Dalloz 1997-98
- ♣ Code de procédure pénale Dalloz 1997-98

ARTICLES, par ordre alphabétique d'auteurs

- ♣ A.Ahami *L'inceste, ses significations et son retentissement sur le développement de la personnalité* (R.I.C.P.T. 1991, p.69)
- ♣ H.Angevin *Viol d'autrui ou viol de la loi ?* (JCP 1998, p.4)
- ♣ J.Carbonnier *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal*

- ♣ I.Corpart *L'inceste en droit français* (Gaz. Pal. 1995, p.888)
- ♣ L.Daligand *Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel* (Petites Affiches n°53, 3 mai 1995)
- ♣ L.Daligand et D.Gonin *Le sexe et la mort* (Forensic n°20 1998)
- ♣ A.Decocq *Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance* (JCP 1983, I, 3124)
- ♣ C.Guéry *Crimes et délits contre les mineurs par ascendants : quelle prescription ?* (Dalloz 1997, p.138)
- ♣ C.Guéry *L'inceste, étude de droit pénal comparé* (Dalloz 1998, p.47)
- ♣ X.Labbée *L'enfant incestueux, enfant handicapé* (Dalloz 1997, p.543)
- ♣ S.Lorvellec *Le juge et l'inceste* (R.I.C.P.T. 1990, p.59)
- ♣ Y.Mayaud *Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et ... contra rationem* (Dalloz 1998, p.211)
- ♣ D.Mayer *La pudeur du droit face à l'inceste* (Dalloz 1988, p.213)
- ♣ L-M.Nivôse *Le crime de viol et l'égalité des sexes* (JCP 1998, p.4)
- ♣ S.Portelli *Abus sexuels sur enfants : prévention, guérison, le rôle du juge* (Références en gynécologie obstétrique 1997, volume 5, n°3, p.272)
- ♣ M-L.Rassat *Inceste et droit pénal* (JCP 1974, I, p.2614)

CIRCULAIRE MINISTERIELLE du 20 avril 1999 (annexée)

PLAN

INTRODUCTION	4
TITRE 1 LA VICTIME DE VIOL INCESTUEUX, VICTIME DU DROIT PENAL	7
Chapitre 1 Les lacunes du droit pénal face aux victimes	8
L'inceste et la loi.....	8
Section 1 L'incomplète incrimination de viol incestueux.....	9
§1 La qualification de viol incestueux.....	9
A. La condition préalable du viol incestueux : une victime vivante.....	10
B. Les éléments constitutifs du viol incestueux.....	10
1) L'élément matériel du viol incestueux.....	10
a) Un acte de pénétration sexuelle.....	11
b) Le défaut de consentement de la victime	13
2) L'élément moral du viol incestueux	17
§2 La tentative de viol incestueux	17
A. La notion de commencement d'exécution	18
B. L'absence de désistement volontaire	19
§3 La complicité de viol incestueux : le rôle de la mère.....	20
A. L'élément matériel de la complicité de viol incestueux.....	20
1) La complicité par aide ou assistance	20
2) La complicité par instigation.....	22
a) L'instigation par provocation	22
b) L'instigation par fourniture d'instructions	23
B. L'élément moral de la complicité de viol incestueux	23
Section 2 L'insuffisante aggravation du viol incestueux.....	24
§1 La qualité d'ascendant de l'incestueux	24
§2 L'autorité, une notion de pur fait	25
§3 La minorité de la victime.....	26
Chapitre 2 Les remèdes aux carences du droit	27
Section 1 Une nécessaire égalité des membres de la famille	27
§1 La solidarité des membres de la famille au sein des aggravations.....	27
§2 Une protection accrue de l'enfant victime	28
A. La durée de l'inceste : une circonstance aggravante supplémentaire	28
B. Le cumul nécessaire des aggravations	29

	C.	L'existence d'une présomption d'absence de consentement de la victime mineure	30
Section 2		L'utilité d'un texte spécifique	31
TITRE 2	LA VICTIME DE VIOL INCESTUEUX, VICTIME DE LA PROCEDURE PENALE		32
	La levée du secret.....		33
Chapitre 1	La spécificité de la procédure pénale face aux victimes mineures.....		35
Section 1	La récente adaptation de la phase policière aux mineurs victimes de viol incestueux		36
§1	Des services de police spécialisés.....		36
§2	L'enregistrement de l'audition du mineur victime de viol incestueux		38
Section 2	L'actuelle évolution de la phase judiciaire face aux mineurs victimes de viol incestueux.....		40
	Le partenariat de la justice avec les associations d'aide aux victimes.....		40
§1	La prise en compte spécifique des victimes mineures par le Parquet.....		41
A.	La motivation des classements sans suite et l'information des victimes.....		41
B.	Le nouveau délai de prescription pour les mineurs victimes de viol incestueux.....		42
§2	La prise en compte spécifique des victimes mineures par le juge d'instruction.....		42
A.	La présence d'un tiers.....		43
B.	La désignation d'un administrateur ad hoc.....		43
C.	L'expertise médico-psychologique des victimes mineures de viol incestueux.....		44
Section 3	Le soutien parallèle de la C.I.V.I.....		45
Chapitre 2	La reconnaissance inachevée de la victime.....		46
Section 1	L'absence de procès d'Assises : une victime « sans cause »...		46
Section 2	Un procès d'Assises inadéquat : une victime oubliée.....		47
CONCLUSION			49
ANNEXE 1 : Tableau de synthèse des dossiers judiciaires			50
ANNEXE 2 : Circulaire ministérielle du 20 avril 1999			
	Articles 706-50, 706-52 et 706-53 du Code de procédure pénale		51
ANNEXE 3 : Décision de classement sans suite – Motif de la décision			52
ANNEXE 4 : Les constantes du profil psychologique de l'incestueux.....			53
	Les constantes observées chez la victime incestuée.....		58
BIBLIOGRAPHIE			61
PLAN			63