



HAL
open science

Le silence coupable du conjoint

Morgane Reif

► **To cite this version:**

Morgane Reif. Le silence coupable du conjoint. Revue Lexsociété, 2023, 10.61953/lex.3329 . hal-03948298

HAL Id: hal-03948298

<https://hal.science/hal-03948298>

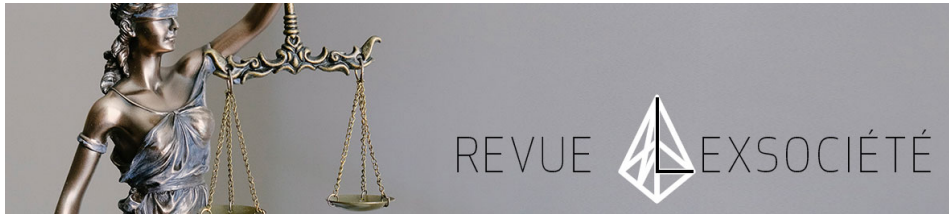
Submitted on 9 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Le silence coupable du conjoint

in G. CALLEMEIN (dir.), L'inceste face au droit et à la justice : regards croisés des sciences sociales, Université Côte d'Azur, 2022

MORGANE REIF

Doctorante contractuelle avec charge d'enseignement

CERDP

Université Côte d'Azur

Résumé : Cette contribution cherche à établir le caractère efficace de l'appareil répressif attaché au silence du conjoint, informé ou témoin de sévices de nature incestueux. Au travers d'une analyse classique des éléments constitutifs de chacune des infractions applicables, cette étude rappelle les moyens de sanctionner le comportement illicite du conjoint ainsi que leur efficacité. En outre, à ces derniers s'ajoutent des hypothèses répressives plus sévères telles qu'au travers de la complicité. Ainsi, le droit pénal se dote d'outils afin de protéger une catégorie spécifique de victimes de comportements incestueux : les personnes vulnérables et mineures.

Mots-clés : infraction d'omission ; immunité familiale ; complicité

Propos introductifs. Existe-t-il, en droit pénal, une infraction autonome et spécifique qui sanctionne le silence du conjoint qui a connaissance d'actes de nature incestueux ? La réponse à cette question de prime abord simple, est négative. A cela s'ajoute une seconde interrogation : que faut-il entendre par le terme « conjoint » ? A défaut de définition stricte, le conjoint peut être considéré comme toute personne unie¹ par un lien de droit². Le Code pénal va assimiler au conjoint toute personne vivant notoirement en situation maritale avec les prévenus³. N'est-il pas alors étonnant de ne pas trouver au sein du Code pénal, de sanction spécifique à cette atteinte, malgré un fort mouvement d'inflation législative reste notoire, auquel le droit pénal ne fait pas exception ? Conformément au principe de légalité criminelle, il appartient au législateur de déterminer avec précision les comportements qu'il entend interdire. Ainsi, à chaque acte sa caractérisation juridique, conduisant à une multiplication inévitable des textes d'incriminations⁴. La création d'une infraction autonome découlerait d'un souci d'efficacité de la justice, « une injonction de politique criminelle de produire de la justice de qualité et de réduire la délinquance⁵ ». Il demeure possible de faire coïncider l'efficacité de la justice avec les objectifs à valeur constitutionnelle qui consacre « la recherche des auteurs d'infractions⁶ ». Or, en matière de sanction du silence du conjoint ayant connaissance de violences à caractère incestueuses, le droit pénal se dote-t-il d'outils répressifs suffisants afin de poursuivre cet objectif d'efficacité ? Si aucune infraction spécifique ne permette de sanctionner ce phénomène, d'autres appartenant au droit commun sont utilisées en pratique. Par conséquent, à défaut d'infraction spéciale, quelles infractions seraient susceptibles de sanctionner le silence intentionnel du conjoint ?

De prime abord, il s'agirait de faire un choix entre les articles 434-1, 434-3 et 223-6 du Code pénal. S'il faut avant tout observer la valeur sociale atteinte

¹ Soc. 11 mars 2009, n°07-43977 qui considère le conjoint comme étant l'époux de l'intéressée.

² Par opposition au concubin qui serait uni par un lien de fait, 1^{ère} Civ. 3 oct. 2018, n°17-13113.

³ Telle est l'expression employée par l'article 434-11 du Code pénal, en son troisième alinéa, 2°.

⁴ BONFILS Ph., GALLARDO E., « Concours d'infractions », *Rép. pén.*, janv. 2022, n°7.

⁵ MIANSONI C., « L'efficacité est-elle la nouvelle valeur discursive du système pénal ? », *Les cahiers de la justice*, 2022, p. 77.

⁶ TEITGEN-COLLY C., JULIEN-LAFERRIERE F., « Actes de terrorisme et droit des étrangers », *AJDA* 1997, p. 86, note ss. Cons. constit., 16 juill. 1996, n°96-377.

ici, il semble qu'en matière de violences de nature incestueuse, les deux intérêts protégés violés demeurent d'une part le comportement du conjoint témoin favorisant la réitération des faits, d'autre part son silence, ne permettant pas aux autorités compétentes de se saisir des faits. Dans cette situation de concours idéal d'infractions, les règles classiques applicables sont édictées à l'article 132-2 du Code pénal. En ce sens, il est préconisé d'opter pour la sanction la plus élevée, soit en l'espèce celle énoncée à l'article 223-6 du Code pénal, qui prévoit une peine d'emprisonnement de 7 ans et 100 000 euros d'amende en son dernier alinéa, à la condition que la victime soit âgée de moins de 15 ans. Toutefois, les enjeux classiques posés par les concours de qualification ne trouvent aujourd'hui plus autant d'importance, dans la mesure où le cumul d'infractions a été consacré par la chambre criminelle⁷. Par conséquent, la jurisprudence, au travers de clarifications pour le moins éloquentes, permet à l'appareil répressif de retenir plusieurs qualifications pénales pour un même acte, sans violer le principe *non bis in idem*. En somme, tout dommage subi est susceptible de conduire à des préjudices distincts, conduisant à des caractérisations juridiques autonomes. Ce nouveau mécanisme poursuit un double objectif, d'indemnisation des victimes, ainsi que d'une meilleure individualisation de la peine.

En outre, l'étude des infractions conduisant à la répression du silence du conjoint informé de sévices de nature incestueux met en exergue une protection accrue des victimes considérées comme vulnérables, tels que les mineurs. Ainsi, la qualité de victime conduit à la fois à une disparition d'immunités familiales, tout en matérialisant un élément constitutif de l'infraction.

Enfin, au-delà des infractions spécifiques traitant d'omissions de porter secours ou encore d'obstruction à la justice, il demeure possible d'envisager une ultime hypothèse de répression, soit l'assimilation du silence d'un tiers à un comportement complice. Cette dernière voie, pour le moins sévère, assimilerait l'omission de l'intéressé à une forme d'adhésion, de soutien renforçant l'auteur principal.

In fine, l'approche pénale actuelle du silence du conjoint se traduit par une caractérisation d'une omission étrangère à la qualification incestueuse (I)

⁷ Crim. 15 déc. 2021, n° 21-81.864, FP-B.

mais bien liée à la vulnérabilité de la victime (II). Afin de renforcer l'appareil répressif, il demeure possible de se tourner vers une sanction prospective fondée sur la sanction du silence complice (III).

I. La caractérisation du silence coupable étrangère à la qualification incestueuse

Annnonce de plan. Afin de réprimer le silence du conjoint qui a connaissance d'actes de nature incestueux, il reste essentiel de déterminer d'une part l'existence de conditions préalables (A), avant d'identifier d'autre part les éléments constitutifs de chaque infraction (B).

A. L'existence de conditions préalables

1. Le rejet d'une qualité propre à l'auteur. Certaines infractions nécessitent un élément préalable tenant à la qualité de l'auteur ou de la victime, sans lequel l'atteinte ne serait pas constituée. Tel est le cas pour exemple de l'abus de biens sociaux⁸, infraction de fonction⁹ qui demeure propre au dirigeant ou au gérant d'une société. Qu'en est-il du silence coupable ? Le droit pénal se garde bien de faire de la qualité de conjoint une condition préalable à la caractérisation de l'infraction. En ce sens, à aucun moment le conjoint n'est mentionné dans les textes, si ce n'est au titre d'immunités. Cela se justifie par l'existence même du texte législatif. Les infractions permettant de

⁸ AMBROISE-CASTEROT C., *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, Gualino, 6^{ème} éd., 2018, p. 335, n°638, l'auteur cite ROBERT J.-H., MATSOPOULOU H., *Traité de droit pénal des affaires*, 2004, PUF, Droit fondamental, n°293 : « le délit d'abus de biens sociaux est aristocratique puisqu'il ne peut pas être commis par quiconque détourne les biens de la personne morale [...]. Seul les dirigeants de droit ou de fait [...] sont exposés à l'application de l'incrimination étudiée ».

⁹ LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2015, p. 332, n°767 ; VERON M., BEAUSSONIE G., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019, p. 236, n°383.

sanctionner le silence des individus ont une fonction bien précise. L'omission de porter secours découle de la volonté de la loi de protéger les situations de mise en danger de la personne, par le biais de l'article 223-6 du Code pénal. Les infractions de non-dénonciation d'un crime ou de mauvais traitements de mineurs, quant à elles, sanctionnent les atteintes à la saisine de la justice. En ce sens, le silence prend le pas sur la qualité de conjoint qui demeure indifférente à la caractérisation de l'infraction de conséquence.

2. Des sanctions résultant nécessairement de l'existence d'une infraction principale. Les sanctions prévues par l'article 223-6 du Code pénal ou encore des infractions de non-dénonciation reposent naturellement sur la connaissance par le prévenu d'une situation de danger, de privations, de mauvais traitements ou d'agressions infligées à la victime. Cela impose l'existence d'une infraction définie et caractérisée par les textes, à titre principal, dont le conjoint silencieux est informé. Au surplus, l'auteur doit être doté de la capacité de donner des faits précis, afin de renseigner au mieux les autorités publiques. Par conséquent, les textes susmentionnés demeurent des infractions de conséquences.

Toutefois, certaines voient leur caractérisation influencée par la nature de l'infraction principale. Tel est le cas de l'article 434-1 du Code pénal qui ne s'applique qu'en cas de silence à l'égard de faits relevant d'un degré de gravité le plus élevé, à savoir les crimes. Ainsi, le législateur restreint la sanction des silences les plus graves pour les distinguer de ceux de mauvais traitements.

In fine, si l'auteur demeure exempt de qualité spécifique afin de caractériser les infractions d'omission mentionnées, il en est autrement de la victime au titre de certains textes.

3. La consécration de la qualité de victime. L'article 223-6 sanctionnant l'omission de porter secours ne restreint pas son spectre d'application à des victimes particulières, or son régime diffère des infractions de non-dénonciation de mauvais traitements. Les articles 434-1 et 434-3 du Code pénal ont pour ambition de protéger les personnes vulnérables et par conséquent des mineurs. En ce sens, au sein même de ses éléments constitutifs, la non-dénonciation de mauvais traitements ne s'applique qu'à l'encontre soit

d'un mineur, soit d'une personne vulnérable et pour reprendre la « formulation légale¹⁰ » : « une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse ». Quant à la non-dénonciation de crimes, la protection accrue du mineur se traduit aisément au travers de la disparition de l'immunité familiale, qui sera étudiée ultérieurement.

A. Des éléments constitutifs communs aux infractions d'omission

4. Un élément matériel sanctionnant une passivité active.

S'agit-il réellement d'un acte que de se taire ? Le raisonnement adopté par la doctrine et le législateur pourrait surprendre les néophytes. En ce sens, un acte est souvent associé, dans le vocabulaire commun, à une action positive. Par conséquent, s'abstenir ne serait pas un acte, et se tiendrait hors du spectre d'application de la norme pénale.

Pourtant, le législateur se montre bien habile dans la formule employée : il ne s'agit pas d'un acte mais d'une omission. Le comportement traduisant la volonté coupable de l'agent, extériorisée, n'empêche pas l'application de la norme pénale¹¹. Ladite extériorisation et caractérisation de la matérialité de l'infraction découle du comportement de l'individu qui se sait soumis à des obligations et prend la décision d'adopter une démarche contraire¹². De ce fait, ce dernier effectue un acte positif et volontaire d'omission. Ce prisme de lecture est repris par la jurisprudence qui assimile l'action à une omission, à juste titre selon nous. Cela se légitime tout à fait, dans la mesure où la sanction du droit pénal intervient lorsque l'agent se soustrait à une obligation, prescrite par la loi. Ainsi, le législateur crée une obligation de parler¹³ dans des cas particuliers¹⁴.

¹⁰ BONFILS Ph., GREGOIRE L., *Droit pénal spécial*, Lextenso, 2022, n°1076.

¹¹ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 6^{ème} éd., 2018, p. 208, n°169, l'auteur estime que la caractérisation de l'infraction d'omission passe par « le moment où (...) cette volonté s'extériorise par hostilité ou indifférence à la valeur sociale protégée ».

¹² BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2021, p. 232, n°234.

¹³ CONTE P., *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2019, p. 259, n°360.

¹⁴ Ainsi, en dehors des infractions susmentionnées attachées au silence, il est possible de citer l'obligation de témoigner en faveur d'un innocent (art. 434-11 C. pén.) ou après qu'on a déclaré

5. Des éléments constitutifs proches portant atteinte à des valeurs sociales protégées étrangères. Qu'il s'agisse de l'omission de porter secours ou des infractions de non dénonciation de crime ou de mauvais traitements, toutes sanctionnent des comportements très proches en leur essence, soit le fait de se soustraire volontairement à une obligation d'agir, encadrée par le législateur. Néanmoins, leurs ressemblances s'arrêtent là, dans la mesure où leur localisation au sein du Code pénal permet de déceler leurs fonctions, ainsi que les valeurs sociales garanties respectivement. L'omission de porter secours entend protéger les atteintes aux personnes, tandis que les infractions de non dénonciation de crime ou de mauvais traitement visent à réprimer les entraves à la justice.

Malgré une confusion latente entre l'omission d'empêcher une infraction et la non-dénonciation de crime, il reste possible de déterminer que le silence évoqué dans ces infractions d'omissions est paralysant. D'abord, paralysie de l'auteur qui se soustrait à son obligation d'agir. Le silence n'est pas entendu de manière littérale, mais plutôt comme une abstention. Ainsi, la compagne qui rit en voyant la victime se faire violenter par son partenaire n'est certes pas silencieuse¹⁵. Pour autant, cette dernière reste inactive et se soustrait à son devoir de secours. Ensuite, paralysie de l'action publique. De la même manière, le silence de l'auteur qui se défause auprès des autorités compétentes conduit à une entrave à la justice. *In fine*, un même silence est susceptible de recevoir plusieurs qualifications juridiques valables, créant une situation de concours idéal de qualifications.

6. Un élément moral fondé sur une abstention coupable. De manière générale, la culpabilité de l'agent permet la caractérisation de

publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit (art. 434-12 C. pén.) pour exemple.

¹⁵ FIORINI B., « Quand hilarité rime avec complicité », *AJ pénal* 2020, p. 129, note ss. CA Douai, 6 sept. 2019.

l'infraction en son élément moral¹⁶, impliquant nécessairement une faute¹⁷ dans la mesure où le comportement de l'auteur est hostile aux valeurs sociales protégées par la loi¹⁸. Il s'agit bien d'infractions intentionnelles, soit un refus de se plier à l'obligation de dénonciation formulée par la norme pénale. L'intéressé a connaissance d'un crime et conscience de la portée de sa dénonciation, sans se soucier du risque entraîné par son acte¹⁹. Concernant la non-dénonciation de mauvais traitements, l'auteur a connaissance de mauvais traitements mais aussi de la fragilité de la victime, alors en état de vulnérabilité, son abstention est bien volontaire et sa démarche s'inscrit dans un refus d'informer les autorités compétentes du comportement de l'auteur²⁰. En revanche, les infractions de non-dénonciation diffèrent de l'omission de porter secours qui permet au prévenu de légitimer son abstention au titre du risque encouru en cas d'intervention de sa part.

II. La répression du silence au regard de la vulnérabilité de la victime

Annnonce de plan. L'entière répression du silence de l'auteur silencieux peut se faire au moyen d'un cumul des infractions d'une part, (A) tout en érigeant d'autre part un régime en faveur des victimes mineures (B).

¹⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, QUADRIGE/PUF, 2005, v° Culpabilité : « Qui suppose l'imputabilité et entraîne la responsabilité pénale ».

¹⁷ BEZIZ-AYACHE A., *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, Ellipses, 3^{ème} éd., 2005, v° Culpabilité : « La culpabilité est l'état de celui qui a commis une faute alors que l'imputabilité est le fait d'attribuer une infraction à un individu ».

¹⁸ CORNU G., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2014, v° Culpabilité : « Situation d'une personne qui se voit reprocher l'élément moral d'une infraction, soit au titre de l'intention, par hostilité aux valeurs sociales protégées, soit au titre de la non-intention, par différence aux dites valeurs. La culpabilité suppose acquise l'imputabilité ».

¹⁹ LEVASSEUR G., « Non-assistance à personne en péril et manquement à une obligation de dénoncer », *RSC* 1994, p. 332.

²⁰ V. en ce sens notamment TGI Caen, 4 sept. 2001, au titre d'un membre de l'église ayant fait le choix de ne pas dénoncer les infractions qui lui étaient rapportées.

A. Un cumul des infractions consacré en matière de silence coupable

7. **Concours idéal et règles de cumul d'infractions.** Par principe, un fait matériel ne peut se voir appliquer qu'une seule qualification pénale²¹. Pourtant, il existe des situations où un même fait peut donner lieu à plusieurs caractérisations pénales, comme ce fut le cas dans la célèbre affaire dite « Ben Haddadi » du 3 mars 1960²². Ici, la chambre criminelle affirme que lorsqu'un même fait est susceptible de plusieurs qualifications pénales différentes, le cumul de ces dernières est possible dès lors que les infractions en question protègent des valeurs sociales distinctes, témoignant d'une pluralité d'intentions coupables. *De facto*, jeter une grenade dans un café en vue de donner la mort aux personnes s'y trouvant entraîne nécessairement des dégâts matériels. La décision de condamnation était alors fondée à la fois sur une tentative d'assassinat et sur la tentative de destruction par explosif d'un édifice servant à l'habitation. Les hauts magistrats estiment « qu'il ne s'agissait pas, en tel cas, d'un crime unique [...] mais de deux crimes simultanés commis par le même moyen, mais caractérisé par des intentions coupables essentiellement différentes²³ ».

Par conséquent, si un même acte, en l'occurrence une omission, pouvait conduire à plusieurs caractérisations juridiques, à savoir une omission de porter secours, une non-dénonciation de crime ou une non-dénonciation de mauvais traitements, *quid* des règles de cumul d'infractions concernant le silence coupable du conjoint ayant connaissance d'actes incestueux ?

²¹ Crim. 16 juin 1965, *Bull. crim.* n°138.

²² Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138 ; *RSC* 1961, 105, obs. Légal.

²³ VARINARD A., PRADEL J., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Collection Grands arrêts, Dalloz, 2021, p. 337.

Depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 15 décembre 2021²⁴, le cumul d'infractions devient la règle, le principe *non bis in idem* l'exception²⁵. Il s'agit de déterminer si deux infractions, alors en situation de concours idéal, peuvent entrer en conflit. Ici, les valeurs sociales protégées par l'appareil répressif diffèrent totalement. Le premier s'attacherait à la personne humaine, tandis que l'autre sanctionnerait tout obstacle à l'action de la justice.

Néanmoins, il semble que la jurisprudence peine à dissocier ces deux qualifications qui n'ont pourtant pas la même fonction, quand bien même leurs éléments constitutifs puissent se confondre. Tel fut le cas dans un arrêt de la chambre criminelle du 27 novembre 1996²⁶ où un auteur remarque que l'arrêt d'accusation mentionne « l'omission d'empêcher un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle » renvoyant classiquement à l'alinéa premier de l'article 223-6 susmentionné. Toutefois, le pourvoi fait quant à lui mention d'une « non-assistance à personne en danger » et « non-dénonciation de fait qui aurait pu empêcher un crime », évoquant deux qualifications bien différentes par nature. Ainsi, au sein d'un même arrêt, le vocabulaire employé fait basculer de l'omission de porter secours (C. pén., art. 223-6 al. 2) vers une non-dénonciation de crime (C. pén., art. 434-1). Il est étonnant de constater que les termes de l'accusation, fondés sur une infraction de non-dénonciation, visent « l'omission d'empêcher un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle ». Cette formule met en exergue une confusion latente entre l'omission d'empêcher une infraction et la non-dénonciation de crime.

²⁴ GAUTHIER R., « Cumul de qualifications dans le cadre de poursuites concomitantes : la Cour de cassation infléchit sa jurisprudence », Lexis Veille, 20 déc. 2021, note ss. Crim. 15 déc. 2021, n° 21-81.864, FP-B; DOMINATI M., « *Ne bis in idem* et le renouveau du cumul des qualifications », Dalloz Actualité, 6 janv. 2022, note ss. Crim. 15 déc. 2021, FP-B, n° 21-81.864 et Crim. 15 déc. 2021, FP-B, n°20-85.924.

²⁵ La chambre criminelle consacre ainsi trois exceptions au principe de cumul d'infractions : « lorsque les éléments constitutifs de l'une des infractions excluent nécessairement la caractérisation des éléments constitutifs de l'autre » ; si « l'une des qualification correspond à un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'autre, qui seule doit être retenue » ; si « l'une des qualifications retenues, dite spéciale, incrimine une modalité particulière de l'action répréhensible sanctionnée par l'autre infraction dite générale ».

²⁶ MAYAUD Y., « L'omission d'empêcher une infraction ou du devoir d'agir », RSC 1997, p. 379, note ss. Crim. 27 nov. 1996, n°96-83.924 non publié au bulletin.

Quand bien même ces deux infractions aux éléments constitutifs proches puissent se confondre, la dernière décision de la chambre criminelle de 2021 souligne la poursuite d'un objectif répressif. Le cumul de ces infractions permet d'indemniser les victimes au titre de chacun des préjudices subis, *via* des atteintes à différentes valeurs sociales protégées. Les hauts magistrats rappellent en ce sens qu'un cumul est possible sauf si « l'une des qualification correspond à un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'autre », ce qui n'est pas le cas dans le cadres de l'omission de porter secours et de la non-dénonciation. La première vise l'abstention volontaire de porter secours à une personne en péril, alors que l'intéressé « pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours », tandis que la seconde sanctionne le fait d'avoir connaissance d'un crime « dont il est encore possible de prévenir ou limiter les effets [...] de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ». S'il est possible d'estimer que ces deux éléments constitutifs sont très proches et que le premier sous-tend le second, la non-dénonciation de crime de correspond pas trait pour trait à l'omission de porter secours.

Ce même raisonnement est appliqué par la chambre criminelle en matière de cumul entre le faux, l'usage de faux et l'escroquerie. Ainsi, la haute juridiction « [confirme] le jugement en ce qu'il a déclaré le prévenu coupable d'escroquerie, de faux et usage de faux, l'arrêt, après avoir énoncé que ces délits sanctionnent ici la violation d'intérêts distincts et comportent des éléments constitutifs différents » retient « qu'aucune de ces infractions n'est un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'une des autres. En effet, l'article [...] qui incrimine l'escroquerie, vise les manœuvres frauduleuses et non spécifiquement le faux ou l'usage de faux comme élément constitutif de ce délit ». Il paraîtrait possible de rétorquer que le faux et son usage tendent directement vers la réalisation d'une escroquerie, or ce procédé n'est pas explicité textuellement. Par conséquent, il demeure possible de calquer ce raisonnement aux infractions d'omission de porter secours et de non-dénonciation de crime, conduisant à une déclaration de culpabilité cumulant ces deux qualifications. Ce procédé serait à même de réprimer de la manière la plus complète le silence du conjoint ayant connaissance de crimes à caractère incestueux commis sur un mineur.

B. Une protection renforcée des victimes mineures

8. Une distinction faite entre les victimes majeures et mineures. Il ne faut pas négliger que la surqualification d'inceste ne serait opérante qu'au regard de relations impliquant un mineur²⁷ ou une victime sur qui est exercée une autorité de droit ou de fait²⁸. Par conséquent, sans infraction dite « principale », dont découlerait une obligation d'agir ou de rompre le silence, il serait impossible de faire peser sur quiconque une obligation de dénonciation ou d'assistance. Ainsi, toute relation consentie entre adultes, quand bien même cette dernière serait de nature incestueuse, échappe au spectre d'application du Code pénal. En outre, il en est de même pour les crimes commis entre majeurs, dont la non-dénonciation n'est pas sanctionnée lorsque la victime a atteint l'âge de 18 ans, dans la mesure où l'immunité prescrite par l'article 434-1, en ses 1° et 2°, serait applicable.

Il n'est plus nécessaire de différencier la répression des auteurs ayant pour victimes des mineurs, sauf au regard d'aggravations de peines lorsque le mineur est âgé de moins de 15 ans. Une fois de plus, l'infraction la plus répressive serait celle de l'omission de porter secours ou le non-empêchement de la réalisation d'une infraction, dans la mesure où cette dernière prévoit la peine la plus élevée (soit 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque la victime est mineure de 18 ans, contre 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'un mineur de 15 ans). Toutefois, cette question semble être résolue par les règles réaffirmées par la jurisprudence de la chambre criminelle, permettant un cumul des infractions.

²⁷ C. pén., art. 222-31-2 : « lorsque le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse est commis contre un mineur » ; C. pén., art. 227-27-2-1 qui qualifie d'incestueuses les atteintes sexuelles prévues aux articles 222-25 (sur mineur de 15 ans) et 222-27 (sur mineur de plus de 15 ans) « lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur [...] ».

²⁸ C. pén., art. 222-24 prévoyant l'aggravation de l'article 222-23 (attaché à la répression du viol) « Lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait » ; C. pén., art. 222-28, 2° : « lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

9. Ainsi, la protection accrue des victimes vulnérables s'affirme au travers d'une disparition de l'immunité familiale au titre de la minorité (1) ainsi qu'au regard d'une prescription protectrice de ces dernières (2).

1. Une disparition de l'immunité familiale au titre de la minorité

10. **Régime général des immunités familiales.** Seul l'article 434-1 du Code pénal sanctionnant la non-dénonciation de crime prévoit une immunité familiale. Sont visés les conjoints de l'auteur, du complice du crime²⁹ ou ceux de leurs parents, ou encore de leurs collatéraux³⁰. La seconde partie du 2° de cet article va même jusqu'à englober les personnes dont la situation maritale est connue de tous. Il semble que le législateur souhaite sauvegarder ce qu'un auteur qualifie de « solidarité familiale³¹ » en les faisant primer sur les obligations incombant aux citoyens *lambda*.

11. **Régime dérogatoire écartant les immunités familiales.** Toutefois, le législateur pose une exception à sa propre exception en faisant disparaître l'immunité familiale lorsque les crimes sont commis à l'encontre de victimes mineures. Par conséquent, le législateur ne compromet en aucun cas la structure familiale en imposant une obligation générale de dénonciation de crime commis au sein de la cellule familiale, dans la mesure où l'intérêt de la victime se doit de primer, d'autant plus si cette dernière se trouve en situation de minorité.

²⁹ C. pén., art. 434-1, al. 2, 2° : « Sont exceptés des dispositions [...] le conjoint de l'auteur ou du complice de crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ».

³⁰ C. pén., art. 434-1, al. 2, 1° : « Sont exceptés des dispositions [...] les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ».

³¹ COURTIN C., *L'immunité en droit criminel français*, th. dir. BERNARDINI R., Nice, 1999, p. 219, n°180.

12. Ici, le défaut de dénonciation de crime à l'encontre de mineur se traduirait nécessairement par une forme « d'adhésion³² » à l'acte principal de l'auteur, sans oublier que tout comportement gardé sous silence est susceptible d'entraîner sa répétition. Ainsi, si l'existence d'immunité entend préserver la solidarité familiale au titre de la non-dénonciation de crimes commis à l'encontre de majeurs, les effets seraient bien plus pervers et dévastateurs si cette même immunité était conservée lorsque la victime est mineure. En effet, comment consacrer une permission de se taire alors qu'un crime est commis à l'encontre d'un mineur ? De plus, cette protection spécifique de la victime âgée de moins de 18 ans s'impose par les textes supra nationaux, notamment au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989³³ imposant aux Etats parties de se doter d'un appareil répressif efficace afin de « protéger l'enfant contre toute forme de brutalités³⁴ ». En outre, il est remarquable de souligner que la loi du 14 mars 2016³⁵ est venue modifier les dispositions législatives opérant une différence entre les mineurs de 15 et 18 ans. Auparavant, l'immunité familiale demeurait présente lorsque des crimes étaient commis à l'encontre de mineurs de 18 ans. Ainsi, les conjoints étaient dispensés d'une obligation de dénonciation de crime commis à l'encontre de mineurs de 18 ans, mais tombaient sous le joug de la norme pénale si les victimes étaient âgées de moins de 15 ans. Cette différence de traitement était fortement critiquée par la doctrine, à juste titre, dans la mesure où dans les deux hypothèses, la victime restait sous l'autorité parentale de ses parents ou de tuteurs le cas échéant.

³² COURTIN C., « Immunités familiales », *Rép. pén.* Dalloz, janv. 2018, n°29, l'auteur cite HASSLER T., « La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale », *RSC* 1983, p. 441.

³³ Convention internationale des droits de l'enfant, Convention des Nations-Unies du 20 nov. 1989, art. 19: « Les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociale et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence [...] pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un deux ».

³⁴ COURTIN C., *L'immunité en droit criminel français*, *Supra*, p. 227, n°186.

³⁵ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, art. 45.

2. Une prescription protectrice des victimes vulnérables

13. Précisions jurisprudentielles. Une funeste trilogie de décisions rendues au sujet d'agressions sexuelles au sein de l'Eglise catholique a permis de mettre en exergue les règles de prescription attachées aux infractions de non-dénonciation. En l'espèce, plusieurs intéressés, dont le cardinal du diocèse de Lyon Philippe Barbarin, sont poursuivis pour non-dénonciation d'agressions sexuelles sur mineurs commises par un prêtre jusqu'en 1991, dont l'homme d'Eglise avait pris connaissance à de multiples reprises, notamment en 2010 et en 2014, au titre de faits différents.

Un premier jugement de condamnation du cardinal est rendu par le tribunal correctionnel de Lyon³⁶ et soulève déjà deux difficultés. D'une part, la caractérisation du délit de non dénonciation de mauvais traitements alors que les faits sont prescrits fait émerger un premier obstacle. D'autre part, l'infraction précitée reste indifférente au fait que les victimes soient devenues majeures, entre le moment de la survenance des faits et l'ouverture de l'information judiciaire. Le raisonnement du tribunal correctionnel de Lyon force à s'interroger d'autant plus, dans la mesure où les magistrats relaxent le prévenu au titre de faits sur le fondement de la prescription du délit de non-dénonciation, tout en le condamnant pour des faits dont il aurait eu connaissance plus récemment.

La Cour d'appel de Lyon, par une décision du 30 janvier 2020, infirme le jugement condamnant le cardinal Barbarin pour non-dénonciation de mauvais traitements. Pour cela, les juges du fond ont considéré que l'application de l'article 434-3 du Code pénal suppose que l'infraction à dénoncer ne soit pas prescrite et que la victime soit encore en situation de minorité ou de vulnérabilité. Cette position s'écarte radicalement de celle du Tribunal correctionnel de Lyon.

³⁶ FUCINI S., « Affaire Barbarin : retour sur la condamnation pour non-dénonciation de mauvais traitements », Dalloz actualités, 18 mars 2019, note ss. TGI Lyon, 7 mars 2019, n°17223000041.

Enfin, l'arrêt de la chambre criminelle du 14 avril 2021³⁷ innove en rappelant que l'article 434-3 du Code pénal sanctionnant le défaut de dénonciation de mauvais traitements « ne rendent la dénonciation obligatoire que lorsqu'elle est particulièrement nécessaire en raison de certaines circonstances de fait » et insiste sur la fonction même de ce texte : l'obligation de dénoncer les mauvais traitements subis est contingente à « l'âge ou la fragilité de la victime [qui] l'ont empêchée de dénoncer les faits ». *In fine*, la cour d'appel est approuvée dans son raisonnement en ce qu'elle a écarté la qualification du délit de non-dénonciation et relaxé le cardinal Barbarin en raison du défaut de minorité des victimes, alors en mesure de le faire elle-même, mais sera corrigée dans la mesure où les juges du fond ont estimé que cette obligation demeurerait liée à la prescription des infractions principales³⁸.

Annnonce de plan. Par conséquent, il demeure opportun de clarifier le régime de prescription applicable aux infractions de non-dénonciation (a) et d'analyser les conséquences de la disparition de la qualité de personne vulnérable de la victime (b).

a. Le défaut de caractérisation de l'infraction de non-dénonciation par la disparition de vulnérabilité de la victime

14. D'une construction jurisprudentielle difficile à une consécration législative qui se veut plus claire. La Cour d'appel de Lyon a été confirmée dans sa décision concernant la relaxe du cardinal Barbarin, dans la mesure où les victimes « âgées de trente-quatre à trente-six ans, insérées au plan familial, social et professionnel et ne souffrant pas d'une maladie ou d'une déficience les empêchant de porter plainte, étaient en mesure de faire connaître elles-mêmes ces faits aux autorités administratives et judiciaires ». Méthodiquement, les magistrats reprennent les éléments constitutifs de

³⁷ Crim. 14 avr. 2021, n°20-81.196.

³⁸ V. en ce sens DREYER E., « Aide toi et l'archevêque t'aidera... », *D.* 2021, p. 937, note ss. Crim. 14 avr. 2021, n°20-81.196 ; BONFILS Ph., GOUTTENOIRE A., « Droit des mineurs », *D.* 2021, p. 1602 ; MARY L., « Actualité du droit pénal de la famille », *AJ fam.* 2021, p. 257 ; DARSONVILLE A., « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », *AJ Pénal* 2021, p. 257.

l'infraction de non-dénonciation de mauvais traitements relatifs à la qualité de victime particulièrement vulnérable en raison de sa minorité ou « impossibilité de se protéger³⁹ ». Par conséquent, l'obligation de dénoncer ne vaut que si la victime n'est pas en mesure de révéler les faits par elle-même, la disparition de cet état de vulnérabilité entraîne l'évaporation de l'obligation de dénonciation pesant sur les tiers. Afin de caractériser l'infraction prévue par l'article 434-1 du Code pénal, l'état de vulnérabilité doit être relevé au moment des faits, mais aussi « lorsque la personne poursuivie pour leur non-dénonciation en a pris connaissance ». En d'autres termes, lorsque le cardinal a été informé des faits, la victime certes était mineure lors des agressions, mais était âgée de plus de 18 ans lorsque cette dernière a révélé lesdites informations. En ce sens, cette dernière restait à même de prévenir les autorités administratives ou judiciaires.

Toutefois, la logique de la Cour de cassation, aussi implacable soit-elle, reste limitée à une appréciation subjective de la vulnérabilité des victimes, notamment au regard de l'établissement de sa disparition. D'ailleurs, lors du jugement du tribunal correctionnel de Lyon, les conseils des parties civiles arguaient que les victimes, bien que majeures, n'en restaient pas moins « vulnérables au vu des traumatismes persistants qui continuent de les atteindre ». L'appréciation de la Cour de cassation se traduit par un examen de la situation sociale, professionnelle et physiologique des victimes. Si ces dernières sont en bonne santé, ont un emploi stable et ont été capables de construire un foyer, alors l'état de vulnérabilité n'est pas retenu. Cette appréciation subjective peut sembler cruelle aux yeux des parties, tant elle demeure incapable de sonder avec précision les traumatismes subis durant la minorité et constater ses stigmates après l'âge adulte. Aussi, le législateur fit le choix de passer d'une appréciation subjective de la vulnérabilité des victimes à une appréciation objective, par le biais de la prescription.

Le délit de non-dénonciation de mauvais traitement est l'objet de nombreuses réformes législatives. Que ce soit par les ajouts de la loi du 14 mars 2016, par la loi du 3 août 2018 ou dernièrement la loi du 21 avril 2021, ces modifications rendent peu lisible ce texte. La dernière innovation concerne l'établissement d'un nouveau point de départ de la prescription de la non-

³⁹ DARSONVILLE A., « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », *AJ Pénal* 2021, p. 257.

dénonciation. Ainsi, l'infraction se prescrit « par dix années à compter de la majorité de la victime et, lorsque le défaut d'information concerne un viol commis sur mineur, par vingt années révolues à compter de la majorité de la victime⁴⁰ ». Ici, les règles de prescription viennent directement influencer les éléments constitutifs de l'infraction. En d'autres termes, si un mineur au moment des faits, dispose d'un délai de 10 ans s'il a été victime d'un délit, et 20 ans s'il s'agissait d'un crime, ce dernier peut se prévaloir de l'application de l'article 434-3 du Code pénal jusqu'à ses 28 ans *a minima* et 38 ans *a maxima*. En revanche, c'est au mépris d'une appréciation subjective consacrée par la chambre criminelle de sa vulnérabilité qui quant à elle, pourrait s'étendre au-delà de ces jalons. *In fine*, la loi du 21 avril 2021, par le biais de règles processuelles relatives à la prescription, encadre de manière objective l'appréciation de la vulnérabilité de la victime et reste à rebours de l'arrêt du 14 avril 2021. Afin de mieux comprendre l'articulation entre ces deux axes de compréhension, nous restons en attente d'une nouvelle décision faisant application de ces nouvelles règles.

Toujours est-il que les règles substantielles de l'infraction de non-dénonciation restent indépendantes de l'infraction principale. Ce principe a ainsi pu être réaffirmé par la jurisprudence et se vérifie aisément.

b. La survie de l'infraction de non-dénonciation malgré la prescription de l'infraction principale

15. La fixation d'un point de départ de la prescription autonome vis-à-vis de l'infraction principale. Afin de répondre au problème juridique lié à l'incidence de la prescription de l'infraction principale sur celle de l'infraction de non-dénonciation, il demeure nécessaire d'analyser la valeur sociale protégée par l'infraction visée. L'article 434-3 du Code pénal constitue une entrave à la justice. Or, si les faits principaux sont eux-mêmes prescrits, en quoi le délit de non-dénonciation serait-il caractérisé ? En ce sens, pourquoi sanctionner une entrave à la justice alors que le Ministère public ne

⁴⁰ Loi n°2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, art. 10, 2°, al.2.

serait plus à même de se saisir des faits passés sous silence⁴¹ ? Or, ne serait-ce pas là ajouter à un texte qui ne le prévoit pas, une vocation utilitariste ? En ce sens, il ne fait nul doute que le défaut de prescription de l'infraction principale n'apparaît à aucun moment dans le texte propre à la non-dénonciation. En outre, la sanction d'entrave à la justice n'a pas pour objectif de sanctionner par la même occasion l'infraction principale. Bien au contraire, il serait possible d'affirmer que l'infraction de non-dénonciation réprime le silence qui fait obstacle à la caractérisation de l'infraction principale. Par conséquent, il serait illogique de court-circuiter l'application de la non-dénonciation par le jeu de la prescription de l'infraction principale, conduisant à vider de sa substance et de son utilité l'infraction prévue par les textes.

III. La sanction prospective d'un silence coupable et complice

16. La caractérisation *a priori* inconcevable d'une complicité par abstention. Ne serait-il pas envisageable de sanctionner le silence du conjoint qui, en plus de s'abstenir de dénoncer ou de venir en aide à la victime, laisse faire l'auteur ? Par principe, la réponse demeure négative, l'aide ou l'assistance permettant de caractériser la complicité, définie au premier alinéa de l'article 121-7 du Code pénal, est un acte positif⁴². En l'espèce, une épouse s'abstient d'intervenir pour laisser libre court aux agissements à caractère incestueux de son mari envers leur fille adoptive majeure, allant jusqu'à quitter les lieux pour lui « laisser le champ libre »⁴³ et ce à plusieurs reprises, notamment d'août 1988 jusqu'à la fin de cette même année. Ici, l'intéressée restée passive lors de la réalisation d'une infraction ne pouvait voir sa responsabilité pénale engagée qu'au titre de l'article 223-6 du Code pénal, soit

⁴¹ MAYAUD Y., « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », *D.* 2001, p. 3454.

⁴² V. notamment en ce sens Crim. 21 oct. 1948, *Bull. crim.* n°242.

⁴³ Cette expression est empruntée de l'arrêt Crim. 31 mars 1992, n°92-80.186, Inédit.

le non-obstacle à la réalisation d'une infraction ou l'omission de porter secours le cas échéant. D'ailleurs, c'est la caractérisation retenue par le Ministère public.

17. Les hypothèses jurisprudentielles de complicité par abstention. Pourtant, certains assouplissements jurisprudentiels permettent de différencier les comportements passifs totalement « neutres⁴⁴ » de ceux qui s'apparentent à des actes positifs. La doctrine retient que l'inaction se présentant sous les traits d'un encouragement perd son apparence passive pour se nover en acte positif de soutien⁴⁵. Par conséquent, plusieurs hypothèses émergent et permettraient de retenir la complicité par abstention.

D'une part, les hauts magistrats retiennent la complicité de celui qui est chargé d'un devoir professionnel, voire s'inscrit dans un rapport hiérarchique. Ici, sa fonction lui commande de prévenir la survenance d'une infraction et ce dernier s'en désintéresse et reste inactif⁴⁶. C'est par ailleurs l'appréciation choisie par la Cour pénale internationale⁴⁷. Ainsi, se rend complice le chef militaire « qui avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre des infractions⁴⁸ ». Il est assez délicat d'associer la complicité à l'expression « qui aurait dû avoir connaissance » employée et de la transposer telle quelle en droit national. Si la complicité en droit français réprime avant tout le fait de s'associer sciemment à l'acte de l'auteur principal, comment sanctionner par le même biais un acte dont on aurait dû avoir connaissance ? Il semble que la Cour pénale internationale interprète de manière extensive la complicité des supérieurs hiérarchiques militaires et prévoit une répression sévère à leur rencontre. Ces derniers sont chargés d'une mission de direction et de supervision de leurs subordonnés.

⁴⁴ FOURNIER S., « Complicité », *Rép. pén.* sept. 2019, n°77.

⁴⁵ MAYAUD Y., *Supra*, p. 468, n°387 ; DECOQA., « Inaction, abstention et complicité par aide et assistance », *JCP* 1983, t. I, p. 3124, l'auteur mentionne l'hypothèse d'une « *collusion punissable* » ; PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2018, p. 313, n°315 ; FOURNIER S., *Supra*, n°79 et n°80 ;

⁴⁶ MAYAUD Y., *Ibid*, p. 469, n°387.

⁴⁷ Statut de Rome, art. 28.

⁴⁸ Voir en ce sens *The Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Trial chamber III ; MABANGA G., « Affaire Bemba : La CPI fixe les critères de responsabilité pénale du chef militaire hiérarchique », *Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, Mars 2016.

Dans l'hypothèse où la hiérarchie se soustrairait à ces obligations professionnelles et sa négligence conduirait à la réalisation d'infractions, alors ce comportement ne serait non pas assimilé à une infraction involontaire, mais bien à une complicité par abstention. Il est possible de déduire de ce texte que la seule fonction de chef militaire entraîne une présomption irréfragable d'association morale aux infractions commises par les subordonnés.

En droit français, ce mécanisme se retrouve pour exemple lorsqu'un gardien de la paix laisse son collègue commettre un vol au cours d'une patrouille⁴⁹, ou encore du comptable qui se rend complice de banqueroute dans la mesure où ce dernier n'a pas vérifié les données fournies par son client⁵⁰. Or, cette voie ne saurait s'appliquer au cas du silence délictueux du conjoint qui a connaissance de sévices de nature incestueux. Ici, ni rapport d'autorité n'existe entre les époux, ni hiérarchique ne prescrit d'obligations strictement professionnelles, légales ou contractuelles d'agir.

D'autre part, la complicité par abstention peut résulter d'une collusion antérieure entre l'auteur et le complice. Toutefois, cette hypothèse découle d'un arrêt de la chambre criminelle peu convaincant dans la mesure où ce dernier soulève des obstacles probatoires notables⁵¹. En effet, la jurisprudence ayant donné lieu au développement d'une complicité par abstention résultant d'un accord antérieur comporte des faits bien particuliers. En l'espèce, un fils tue volontairement son père d'un coup de feu. La qualification pénale de parricide, au moment des faits, semble aisée, mais qu'en est-il de la mère de l'auteur des faits ? La particularité des faits interroge, dans la mesure où quelques jours plus tôt, cette dernière avait informé les services de police de la dangerosité de son fils, mais n'avait pas souhaité l'arme à feu aux autorités. En outre, le jour du drame, cette dernière a fait le choix de rester à l'étage, se gardant bien d'intervenir ou de prévenir l'autorité compétente. Au travers de cet arrêt du 19 décembre 1989, jurés et magistrats déduisirent du comportement étrange de la mère une forme de complicité par abstention, *via* son défaut d'intervention lors du parricide, mais aussi en laissant une arme à feu à la portée

⁴⁹ Trib. corr. Aix, 14 janv. 1947, *JCP* 1947, p. 3465.

⁵⁰ Crim. 15 janv. 1979, *Bull. crim.* n°271.

⁵¹ VITU A., « La complicité par abstention », *RSC* 1990, p. 775, note ss. Crim. 19 déc. 1989, *D.* 1990, p. 198.

de son fils. Cela a contribué, selon la chambre criminelle, à la « création intentionnelle de conditions favorables à une explosion homicide⁵² ». En ce sens, une forme d'entente muette se dessine et l'auteur principal sait qu'il sera soutenu et protégé par le silence approuvateur de son complice qui le laisse libre de s'adonner à ses agissements infractionnels. En revanche, comment réellement appréhender la collusion antérieure, si ce n'est dans les cas d'espèce qui se rapprochent des faits précités ? Un obstacle probatoire se présente rapidement, dans la mesure où sans acte positif ne vient corroborer cette thèse. Ainsi, les actes matériels préférés dans les cas de complicités cèdent le pas à l'intention du complice passif. Pourtant, afin de prospérer, il demeure nécessaire que cette dernière soit suffisamment extériorisée, afin de caractériser la participation du complice à l'infraction principale. C'est sur ce point qu'a pu se pencher en dernier lieu la jurisprudence, en développant une tendance qui se veut plus convaincante et pourrait trouver application en matière de silence coupable du conjoint dans le cadre de l'inceste.

18. Une répression possible du silence complice du conjoint.

La chambre criminelle dégage une possibilité de caractériser la complicité « par caution morale ». En ce sens, certains comportements passifs renforcent la volonté de l'auteur principal et découragent la victime⁵³. Pour exemple, la seule présence d'une personne dans un groupe d'agresseurs a conduit à sa condamnation sur le fondement de la complicité, dans la mesure où cette dernière adhérait à l'intention délictueuse du groupe et avait par conséquent fortifié moralement les auteurs principaux⁵⁴. Ainsi, afin de retenir la complicité

⁵² VITU A., *Ibid.*

⁵³ FIORINI B., « Quand hilarité rime avec complicité », *AJ pénal* 2020, p. 129, note ss. CA Douai, 6 sept. 2019, à propos de la caractérisation du comportement complice de la femme qui rit en voyant la victime se faire violenter par l'auteur principal : « [l'intéressée] a adopté une attitude d'encouragement moral vis-à-vis de son nouvel ami en regardant toute la scène et en riant, démontrant sa pleine adhésion aux actes commis ; que cette attitude a fortifié moralement [l'auteur] et contribué à l'affaiblissement de la résistance de [la victime], qui comprenait ainsi qu'il n'aurait aucune aide de la part de sa concubine ».

⁵⁴ Crim. 18 oct. 1995, n°94-86.167 au titre de la qualification d'un comportement complice concernant l'individu qui, dans le cadre d'une agression, se munit de chevrons et se dispose « en ordre de bataille rangée, de nuit, dans une rue étroite », intimide nécessairement la victime et traduit une volonté de s'associer avec le groupe ; Crim. 26 mars 1992, n°91-80.452 dont les faits

du conjoint ayant connaissance de faits de nature incestueux, plus que de simplement quitter les lieux, il semble qu'il soit nécessaire que ce dernier soit présent lors des événements. Sa présence et inaction renforcent l'auteur et établissent l'adhésion du complice à l'infraction principale, tout en décourageant la victime. Ces conditions posées par le droit positif semblent bien éloignées de la réalité, dans la mesure où souvent, les conjoints se contentent de fuir les lieux, sans jamais prendre part aux incidents, comme nous l'avons évoqué au travers de l'arrêt du 31 mars 1992.

19. Un appareil répressif plus dissuasif ? Dans une optique répressive, il demeure possible de se tourner vers la solution de la complicité. Peut-être serait-il possible de d'autant plus si le conjoint fait le choix de se taire alors que les atteintes de nature incestueuses se répètent. Plus que relevant d'une entrave à la justice, le silence coupable du conjoint s'apparente très nettement à un silence complice. En ce sens, un auteur⁵⁵ peine à simplement caractériser l'infraction de non-dénonciation lorsque le conjoint facilite presque les infractions qui sont reprochées à l'auteur principal, plutôt que la complicité. Ainsi, la gravité de l'infraction justifie le recours à la complicité. Par réflexion *a contrario*, se refuser de sanctionner la personne qui a connaissance de violences inouïes⁵⁶ telles que les agressions de nature incestueuses, par le biais de la complicité reviendrait à garder sous silence et protéger l'auteur. En effet, les infractions de nature incestueuses se déroulent dans le silence et derrière portes closes. Or, se refuser de sanctionner l'individu qui, quitte les lieux et fournit par

sont très similaires à l'espèce précédente, les magistrats se fondent sur l'intention de s'associer au groupe, traduite par une passivité qui renforce les agresseurs.

⁵⁵ LEVASSEUR G., *Supra*, l'auteur cite J.-P. DOUCET : « Dans son annotation, J.-P. Doucet pense qu'une poursuite pour complicité aurait été possible ».

⁵⁶ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a introduit à son article 44, l'article 222-33-3 sanctionnant au titre de la complicité toute atteinte prévue des articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 le fait d'enregistrer des images de violences et sa diffusion. Si le mécanisme demeure le même, pourquoi appliquer le régime de la complicité lorsqu'un enregistrement a lieu et pas dans le cadre du silence du tiers ? Dans les deux hypothèses, le silence et l'abstention sont susceptibles d'être réprimés. La seule différence notable résiderait dans le comportement actif d'enregistrement et de diffusion découlant des infractions principales. En revanche, tous les autres caractères factuels sont similaires trait pour trait.

conséquent son aide et assistance en ne représentant pas un obstacle à l'auteur, revient à encourager l'omerta déjà existante.