



HAL
open science

La pénalisation de l'inceste

Ghelfi Fabienne

► **To cite this version:**

Ghelfi Fabienne. La pénalisation de l'inceste. Revue Lexsociété, 2023, 10.61953/lex.3344 . hal-03953316

HAL Id: hal-03953316

<https://hal.science/hal-03953316v1>

Submitted on 27 Mar 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



La pénalisation de l'inceste

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

FABIENNE GHELFI

Maître de conférences HDR

CERDPEA 1201

Université Côte d'Azur

Introduction :

1- L'inceste est une notion anthropologique dont la prohibition a pour fondement des théories biologiques, psychologiques et socioculturelles. L'histoire de la répression de l'inceste révèle le malaise que ressent notre législateur vis-à-vis de ce tabou. Il est pourtant dévastateur.

2- Historiquement, son intégration dans le champ pénal a suivi un cheminement chaotique marqué, à la Révolution, par un virage important. En effet, avant elle, l'inceste était puni de la peine de mort¹. A l'opposé, les révolutionnaires n'ont pas voulu incriminer spécifiquement l'inceste dans le Code pénal de 1791. Comme l'infraction de sodomie ou de blasphème, celle d'inceste était empreinte, selon eux, d'une valeur morale et religieuse avec laquelle ils ont voulu rompre. La finalité était de protéger les personnes et non la moralité. Les problèmes intra-familiaux devaient être réglés par les membres de la famille et non par l'institution judiciaire, comme en atteste également la règle des immunités familiales. Le législateur n'avait pas le souhait d'établir une hiérarchie entre les infractions sexuelles commises à l'intérieur de la famille et celles commises à l'extérieur, si ce n'est par le jeu des circonstances aggravantes. Il n'y avait donc plus de distinction entre les infractions sexuelles. Le mot « inceste » avait disparu du champ pénal. Il a été pendant plus de deux siècles un « fantôme juridique »². Il a fallu attendre la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 pour voir le mot « inceste » inscrit le Code pénal. Cependant, cette nouveauté n'avait qu'une valeur symbolique, non négligeable pour autant, puisqu'elle pouvait revêtir une vertu thérapeutique. Elle ne présentait aucune valeur juridique, puisqu'il s'agissait d'une « surqualification » (viol « qualifié d'incestueux »). Les éléments constitutifs des infractions sexuelles génériques et celles « qualifiées d'incestueuses » étaient les mêmes, ainsi que les sanctions.

¹ La peine était encourue par les deux personnes, car il n'y avait pas de notion de victime et d'auteur, même si, heureusement, les enfants n'étaient pas ou peu sanctionnés.

² F. GIULANI, *Les liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^e siècle*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2014.

Il a fallu attendre la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 pour que soit célébrée l'autonomie de l'infraction d'inceste. Les textes actuels sanctionnent donc les viols incestueux et les agressions sexuelles incestueuses. Ces infractions ont des éléments spécifiques qui seront présentés.

3- La première difficulté pour le législateur a été de définir le domaine d'application de ces infractions incestueuses. Force est de constater que la notion d'inceste en droit pénal est spécifique (I). De surcroît, grâce à une définition pénale novatrice, la répression de l'inceste s'avère en partie autonome (II).

I. L'appréhension spécifique de la notion d'inceste par le droit pénal

4- Le législateur ne pouvait inscrire l'inceste dans le Code pénal sans lister les personnes pouvant en être l'auteur. Faisant preuve d'autonomie, il a défini un cercle familial particulier (A). Cependant, les parlementaires ont ajouté, pour certaines personnes incestueuses, une condition décrite par certains : la preuve de l'existence d'une autorité de droit ou de fait sur la victime (B).

A- Un cercle familial singulier – ou *sui generis*

- Les personnes concernées et celles qui sont exclues

5- Avant la loi du 8 février 2010, le mot « inceste » n'apparaissait pas dans le Code pénal, mais n'était pas totalement absent. En effet, il était prévu une circonstance aggravante générale des infractions sexuelles lorsque l'acte était le fait d'un ascendant ou d'une personne exerçant une autorité de

droit ou de fait sur la victime. Le droit pénal ne nommait pas l'inceste, mais ne l'ignorait pas. Cependant, pour reprendre le leitmotiv des associations : « pour combattre un tabou, il faut commencer par le nommer ».

6- La genèse du texte définissant le cercle incestueux a été laborieuse. Trois listes différentes ont été conçues successivement par le législateur. La première est issue de la loi novatrice du 8 février 2010. Elle précisait, à l'article 222-31-1 (abrogé) que les viols et agressions sexuelles « sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Il est à noter, premièrement, que les victimes sont uniquement des personnes mineures. Deuxièmement, il est étonnant, pour ne pas dire aberrant, de constater qu'un législateur puisse, encore aujourd'hui, rédiger un texte aussi évasif. Qu'elle fut délibérée ou non, il était prévisible que cette description attirât les foudres du Conseil constitutionnel. En effet, les termes choisis ne pouvaient que contrarier le principe de la légalité criminelle, lequel exige, faut-il le rappeler, une rédaction claire et précise des textes. Quel sens donné à cette notion de « famille », notion évidemment consubstantielle à l'inceste ? Est-ce la famille au sens strict, c'est-à-dire, celle circonscrite aux membres vivant sous le même toit ou, au sens plus large, celle regroupant tous les membres liés par un lien de sang ? La question était essentielle, d'autant plus qu'était visé « le concubin d'un membre de la famille ». Le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi avant la promulgation de la loi, mais il l'a été ensuite grâce à deux QPC, dont l'une portait sur le viol et les agressions sexuelles et l'autre sur les atteintes sexuelles. Dans ses décisions du

16 septembre 2011³ et du 17 février 2012⁴, le Conseil des sages a déclaré l'article 222-31-1 du Code pénal non conforme à la constitution. L'abrogation à effet immédiat privait ainsi les procédures en cours de la possibilité de qualifier les faits d'incestueux⁵. Il a donc invité le législateur à réécrire le texte en désignant précisément les membres de la famille.

7- La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a redessiné les contours du texte en donnant une liste détaillée des auteurs d'infractions incestueuses sur mineur. Sont concernés : l'ascendant, le frère, la sœur, l'oncle, la tante, le neveu ou la nièce, ainsi que le conjoint, le concubin ou le partenaire d'une de ces personnes mentionnées s'il a une autorité de droit ou de fait sur le mineur. Ce texte, plus précis, puisqu'il ne fait plus référence aux termes de « membre de la famille », n'envisage toujours qu'une « surqualification ».

8- La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes⁶ a supprimé la référence aux mineurs. La surqualification d'inceste embrasse donc toutes les victimes indépendamment de leur âge.

³ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, D. 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, et 2012. 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; AJ pénal 2011. 588, obs. C. PORTERON ; Constitutions 2012. 91, obs. P. De COMBLES DE NAYVES ; RSC 2011. 830, obs. Y. MAYAUD, 2012. 131, obs. E. FORTIS, 183, obs. J. DANET, et 221, obs. B. DE LAMY ; RTD civ. 2011. 752, obs. J. HAUSER.

⁴ Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, D. 2012. 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; RSC 2012. 146, obs. Y. MAYAUD.

⁵ « Considérant que, s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ».

⁶ Ph. BONFILS, Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes, JCP G 2018, 975.

9- Ces différentes modifications ne cachent pas le malaise du législateur qui surqualifie sans donner à l'inceste une autonomie. Les infractions classiques de viol ou d'agression sexuelle sont qualifiées d'incestueuses si l'auteur fait partie de la liste mentionnée. La rupture est faite avec la loi du 21 avril 2021 qui donne une certaine indépendance à l'infraction incestueuse et allonge la liste des personnes pouvant être condamnées pour inceste. En effet, ont été ajoutés le « grand-oncle » et la « grande tante »⁷.

- **Analyse critique**

10- La liste des personnes pouvant commettre un acte incestueux a fait l'objet de remarques critiques. La première concerne le mot « inceste » utilisé dans le Code pénal. Si la plupart des personnes visées ont un lien de sang avec la victime, comme l'ascendant, le frère ou le grand-oncle, tel n'est pas le cas du conjoint, du partenaire ou du concubin des membres de la famille visés. Si le concubin de la grande tante commet un acte sexuel sur le petit-neveu, l'acte pourra être considéré comme incestueux. Il est vrai qu'il n'y a pas une, mais plusieurs définitions de l'inceste : « une relation sexuelle entre parents et enfants », ou plus largement « une relation entre proches parents » (parent au sens membre de la famille). Dans le Code pénal, la parenté est donc envisagée largement, puisque le grand-oncle et la grande tante sont concernés⁸ ; la distance avec la notion sociologique de l'inceste semble avérée avec la référence aux conjoints, partenaires ou concubins des membres de la famille⁹. Prenant en considération la réalité cruelle des actes sexuels commis par les conjoints ou concubins d'un parent, le législateur a fait entrer dans le cadre incestueux ces liens sociaux. Il est certain que le « beau-père » ou la « belle-mère » ont

⁷ Art. 222-22-3 CP pour la surqualification en matière de viol et d'agressions sexuelles ; art. 222-23-2 pour le viol incestueux et art. 222-29-3 pour l'agression sexuelle incestueuse.

⁸ Ce qui ne correspond pas aux empêchements à mariage : Cf. A. LEPAGE, Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée, Dr. pén. n° 5, mai 2016, étude 11.

⁹ Cf. J. LEONHARD, Un nouveau zeste d'inceste, Gaz. Pal. 31 août 2021, n° 29, p. 74.

fréquemment une « figure parentale¹⁰ ». En réalité, la pénalisation de cet inceste revêt un « fondement principalement social »¹¹. L'inceste est interdit pénalement, non pas parce que ces relations sont impures moralement (le mot inceste vient de *incestus* qui signifie impur) ou parce qu'elles pourraient aboutir à des problèmes de consanguinité, mais parce qu'elles se réalisent dans le cadre familial auquel l'enfant ne peut se soustraire et « qui devrait être au contraire pour lui un sanctuaire »¹², un lieu de protection, un lieu privilégié, un cocon.

11- Bien que la liste des auteurs d'infractions incestueuses paraisse étendue, une partie de la doctrine regrette certaines absences. C'est le cas pour le cousin ou la cousine dont les abus ne sont pas rares. Il paraît illogique d'interdire pénalement la relation sexuelle entre un grand-oncle et un petit neveu ou petite nièce, mais autoriser celle entre un cousin et une cousine mineure par exemple. Le législateur a certainement voulu se calquer sur le droit civil, lequel autorise le mariage entre cousins.

D'autres ont affiché leur regret de ne pas trouver dans la liste des auteurs incestueux, les enfants de familles recomposées¹³. Pourquoi ne pas voir un inceste, par exemple, dans le fait, par un enfant de la femme d'abuser d'un enfant de son nouveau mari. L'absence de lien de sang n'exclut nullement la possibilité d'un lien fort les unissant.

12- Rien n'empêchera le législateur de compléter l'énumération des auteurs incestueux. En revanche, pour plusieurs raisons, il semble lié par

¹⁰ Cf. C. DUBOIS, L'inceste en droit pénal ou la consécration de la famille selon Vianney « Y'a pas que les gènes qui font la famille », JCP G, n° 23, 7 juin 2021, doctr. 622.

¹¹ Cf. D. GERMAIN, L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière, RSC 2010, n°3 p. 599

¹² Cf. S. DETRAZ, Le dédoublement des agressions sexuelles.- Commentaire de certaines des dispositions de la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, Dr. pén. n° 6, juin 2021, étude 12.

¹³ Cf. C. DUBOIS, L'inceste en droit pénal ou la consécration de la famille selon Vianney « Y'a pas que les gènes qui font la famille », préc. note 9.

l'exigence, dans certaines hypothèses, de la preuve d'une autorité de droit ou de fait.

B- Une autorité de droit ou de fait, condition contestée

13- Lorsque la victime est mineure¹⁴, le législateur a posé une condition essentielle : la preuve que l'auteur de l'infraction avait, au moment des faits, une autorité de droit ou de fait sur elle. Cette exigence, mentionnée à l'article 222-23-2 pour le viol, et à l'article 222-29-3 du Code pénal pour l'agression sexuelle, ne concerne pas l'auteur ascendant, puisqu'il est supposé avoir une autorité sur l'enfant. Il y a donc une présomption d'autorité pour l'ascendant. Cette démonstration ne vise donc que le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le grand-oncle ou la grand-tante, le neveu ou la nièce, ainsi que les conjoints, partenaires ou concubins de toutes ces personnes et ceux des ascendants.

14- Il convient de s'interroger sur le fondement et la pertinence de cette condition. L'autorité de droit vise les personnes qui ont une autorité « juridique » sur l'enfant, c'est-à-dire une autorité reconnue par la loi ou par une décision de justice, comme les parents par exemple. L'autorité de fait vise celle qu'ont certaines personnes sur l'enfant, alors qu'elles ne sont pas investies officiellement d'une autorité de droit. Un concubin peut avoir, par exemple, une autorité sur l'enfant de sa concubine. L'autorité de droit puise donc sa source dans la loi, tandis que l'autorité de fait dans les circonstances.

Deux raisons sont évoquées pour expliquer cette condition. La première est liée à la suppression de la preuve d'un non-consentement par la victime¹⁵. Si la preuve de l'autorité sur le mineur n'était pas exigée, la relation

¹⁴ La présence d'une autorité de droit ou de fait n'est pas exigée pour des relations entre majeurs.

¹⁵ Infra n° 21.

entre, par exemple, un grand oncle ou un beau-père avec un mineur de 17 ans serait qualifiée automatiquement d'incestueuse. Le législateur a voulu écarter cette automaticité, ce qui révèle, une nouvelle fois, sa volonté de protéger l'enfant placé dans une situation familiale à laquelle il ne peut se soustraire. La seconde raison est liée à la crainte de voir condamner un majeur qui serait la victime d'un mineur. Il est possible d'imaginer qu'une mineure provoque, émoustille son oncle ou son beau-père, lequel cède à la tentation. Si la preuve d'une autorité de droit ou de fait n'était pas exigée, l'oncle ou le beau-père serait automatiquement condamné. Le mineur qui profiterait de son emprise sur un majeur serait tout de même considéré comme une victime. L'argument ne convainc pas. Un majeur, membre de la famille, a le devoir de résister aux avances d'un enfant. L'attitude de ce mineur demandeur révèle une fragilité et une vulnérabilité dont il ne convient pas de profiter.

15- Il semble donc que l'exigence d'une autorité sur le mineur s'explique par la vision qu'a le législateur de l'inceste en droit pénal. Concernant l'infraction autonome d'inceste, le droit protège le mineur parce que l'acte est commis dans le cercle familial (élargi), mais surtout parce qu'il est imposé à un enfant vulnérable. La vulnérabilité est liée essentiellement à l'autorité qu'a l'auteur de l'infraction sur lui, autorité à laquelle il ne peut se dérober. Il est avéré que l'auteur d'un inceste veut soumettre sa victime. L'inceste représente même un paroxysme de domination. De plus, ayant une autorité sur l'enfant, « l'incesteur » renouvellera les violences sexuelles. Le droit pénal doit aussi protéger le mineur contre lui-même.

16- Deux critiques s'imposent. Tout d'abord, par exemple, si un jeune majeur de 18 ans a une relation sexuelle avec sa sœur de 15 ou 16 ans, l'acte ne sera pas incestueux, si l'autorité de fait n'est pas prouvée, mais sera « qualifié d'incestueux ». Il s'agira d'une « surqualification » sans aggravation de peine¹⁶. Ensuite, les magistrats seront confrontés au problème délicat de la

¹⁶ Infra n° 23 et suiv.

preuve de l'existence ou non d'une autorité de droit ou de fait. Cependant, elle me semble moins problématique que celle de l'absence de consentement de la victime, heureusement supprimée avec la loi du 21 avril 2021, laquelle a accordé une autonomie partielle à la répression de l'inceste.

II. L'autonomie partielle de la répression de l'inceste

17- Le régime actuel du droit pénal en matière d'inceste est complexe. Il existe deux régimes répressifs différents générant des incohérences. Des infractions autonomes ont émergé (A), mais, parallèlement, le régime ancien n'a pas totalement disparu, puisque les « surqualifications » ont été maintenues dans certaines hypothèses (B).

A- L'émergence d'incriminations autonomes

18- La loi du 21 avril 2021 a érigé l'inceste en une infraction autonome. Cette dernière se détache des infractions génériques auxquelles elle s'apparente. Le champ d'application peut être différent, ainsi que les conditions préalables ou les éléments constitutifs. Il semble que l'autonomie de l'infraction incestueuse peut être enfin reconnue.

19- On peut s'interroger sur l'utilité d'une infraction spéciale en matière d'inceste, puisqu'il existe déjà une circonstance aggravante générale en matière sexuelle. En effet, les peines du viol et des agressions sexuelles classiques sont aggravées lorsque que ces actes sont réalisés par « un ascendant ou par

toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »¹⁷. Cependant, on peut noter des évolutions, pour ne pas dire, des révolutions¹⁸.

20- La première est liée à l'âge de la victime. Les textes visent tous les mineurs. Il n'y a pas de seuil d'âge. Alors que la liberté sexuelle est fixée à 15 ans, l'infraction incestueuse est constituée même si la victime, consentante ou pas, a entre 15 et 18 ans. Certes, il existe déjà une infraction sanctionnant la relation d'un majeur avec un mineur de plus de 15 ans lorsque ce majeur a une autorité de droit ou de fait sur la victime¹⁹. Il s'agit alors d'une « atteinte sexuelle », délit puni une peine de 5 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Par conséquent, contrairement au régime antérieur à la loi de 2021, les personnes ayant autorité sur le mineur de plus de 15 ans et qui entrent dans le cadre familial, tel qu'il est défini par les textes²⁰, commettent un viol ou une agression sexuelle même si la victime est considérée comme consentante. L'infraction d'atteinte sexuelle garde un intérêt lorsque le mineur de plus de 15 ans a une relation sexuelle avec une personne ayant une autorité sur lui hors cadre familial (un tuteur par exemple) ou lorsqu'il s'agit d'une personne qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions (un professeur par exemple). Cependant, les règles classiques s'appliquent. Il faut s'interroger sur la présence, ou non, d'un consentement, ce qui est souvent complexe.

De surcroît, la clause « Roméo et Juliette » n'existe pas dans le domaine incestueux. Dans le cadre non incestueux, depuis la loi du 21 avril 2021, la preuve de l'absence de consentement de la victime n'est pas exigée pour pouvoir condamner, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans²¹. Le législateur n'a pas voulu sanctionner une relation entre un mineur et un majeur de même génération, car elle suppose l'absence d'une ascendance de l'un sur l'autre. De plus, cette clause évite la condamnation

¹⁷ Pour le viol : art. 222-24 4° et art. 222-28 2° pour les agressions sexuelles.

¹⁸ Cf. C. GHICA-LEMARCHAND, Commentaire de la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, D. 2021 p. 1552.

¹⁹ Art. 227-27 CP.

²⁰ Art. 222-23-2 et 222-29-3 CP.

²¹ Art 222-23-1 CP.

d'un jeune majeur dont la relation avec le mineur aurait débuté avant son entrée dans la majorité. Cette clause ne bénéficie donc pas aux majeurs ayant un lien familial avec le mineur, ce qui paraît totalement justifié. Il n'est pas rare de constater des viols commis, par exemple, par un frère jeune majeur²².

21- La différence avec les infractions sexuelles classiques réside surtout dans la simplification des conditions de la répression, puisque le juge, dorénavant, n'a plus à s'interroger sur la présence ou non du consentement de la victime. Cette nouveauté est prévue également pour les viols ou agressions sexuelles classiques décrits aux articles 222-23-1 et 222-29-3 du Code pénal. Cependant, il se présente une différence liée au seuil d'âge : pour les infractions classiques, il est fixé à 15 ans, alors qu'en matière incestueuse, à 18 ans. Pour condamner, il n'est donc pas nécessaire de faire la preuve d'une violence, d'une contrainte, d'une menace ou d'une surprise. Le législateur a donc modifié la philosophie de l'infraction²³, puisqu'il a substitué à la condition d'absence de consentement, un critère objectif lié à l'âge des protagonistes et à la présence d'une autorité. En matière incestueuse surtout, on ne peut plus parler de liberté sexuelle pour les mineurs. Aucun majeur ne peut plus se prévaloir du consentement du mineur pour ne pas être condamné. Quel que soit l'état d'esprit du mineur, le droit pénal a enfin considéré que le viol est une atteinte à son intégrité physique et psychique. Cette évolution est sensée. Un mineur n'est pas en mesure d'exprimer son refus face à une personne adulte, surtout lorsqu'elle fait partie de son cercle familial. Le plus souvent, il ne sait pas qu'il est en droit de s'opposer. Selon une enquête récente de 2021²⁴, pour plus de 80% des hommes et femmes mineurs au moment des violences, il n'y a pas eu besoin de mode de contrainte ou de violence. L'autorité, et souvent la différence d'âge, suffisent à imposer des actes sexuels.

²² 65 % des viols sur mineurs sont commis par des auteurs qui ont entre 18 et 24 ans.

²³ Cf. C. GHICA-LEMARCHAND, préc.

²⁴ Enquête sur les violences sexuelles intrafamiliales, publiée en janvier 2021 et codirigée par Alice Debauche, ingénieure en statistiques économiques et maîtresse de conférences en sociologie à l'Université de Strasbourg.

Cependant, une interrogation subsiste. La preuve du non-consentement n'a pas à être apportée pour condamner, mais qu'en est-il lorsque la victime a réussi à prouver qu'elle a été violentée, contrainte ou menacée ? La peine sera-t-elle aggravée ? Les textes sont ambigus. Pour le viol, il est indiqué au début de l'article : « hors le cas prévu à l'article 222-23 ». Il serait incohérent, dans cette hypothèse, de faire un retour à l'infraction de viol classique. En réalité, il faut comprendre « hors le cas », comme « en plus du cas prévu à l'article ... »²⁵. Mais, quel que soit le texte appliqué, il n'y a pas une aggravation supplémentaire de la peine (une sur-aggravation), et on peut le regretter²⁶. Qu'il y ait violence ou non, elle est de 20 ans pour le viol et 10 ans pour l'agression sexuelle. Pour l'agression sexuelle avec violence, une sur-aggravation de la peine n'était pas possible, puisque, pour les délits, elle ne peut être supérieure à 10 ans. Certains regrettent également l'absence, pour le viol, d'une sur-aggravation de la peine, lorsque la victime a moins de 15 ans²⁷.

22- Finalement, quelle est la consistance de l'élément moral dans ces infractions spécifiques, puisqu'il n'est plus nécessaire de prouver que l'auteur de la violence sexuelle savait que sa victime n'était pas consentante ? Sa preuve ne posera plus de difficulté, puisqu'il suffira de prouver que le majeur savait ou devait savoir que la victime était mineure. Mais, comme l'avait fait remarquer le Conseil d'Etat lorsqu'il a donné son avis, en 2018²⁸, sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, la consistance de l'élément moral semble lacunaire au regard de la qualification criminelle des faits. L'avenir dira si ces nouvelles infractions sont anticonstitutionnelles et si les « surqualifications » sont maintenues.

²⁵ Cf. S. DETRAZ, préc.

²⁶ Cf S. DETRAZ, préc.

²⁷ J. LEONHARD, préc.

²⁸ CE, ass., gén. Sect. de l'Intérieur, 15 mars 2018, n° 394437.

B- Le maintien de « surqualifications »

23- Si la loi du 21 avril 2021 présente un apport indéniable par la création d'infractions autonomes, elle laisse subsister des « surqualifications ». Elles concernent aussi bien les majeurs que les mineurs. La « surqualification » concernant les majeurs entre eux. Contrairement à certains pays, notre législation autorise les relations incestueuses entre majeurs si elles sont consenties. Si elles ne le sont pas, le viol ou l'agression sexuelle sera « qualifié d'incestueux ». Cette nouveauté est issue de loi n°2018-703 du 3 août 2018 qui avait modifié l'article 222-31-1 (abrogé par la loi de 2021). Avant cette date, la qualification incestueuse ne concernait que les actes commis sur mineurs. Il ne s'agit pas d'un viol incestueux, réservé aux hypothèses décrites précédemment, mais d'un viol « qualifié d'incestueux ». Les éléments constitutifs ne sont donc pas différents des infractions sexuelles « classiques ». Les peines sont aggravées uniquement lorsque l'acte est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait²⁹ (ex : si un frère abuse de sa sœur et s'il n'a aucune autorité sur elle, la peine n'est pas aggravée). Serait-il judicieux de calquer le régime prévu pour les actes commis par les majeurs sur mineurs pour les majeurs entre eux ? Une réponse négative s'impose. Pour les mineurs, le juge peut condamner sans s'interroger sur l'absence d'un consentement. Faire de même pour les majeurs paraît déraisonnable, car ce serait interdire de nombreuses relations incestueuses entre adultes. La philosophie de notre droit pénal en serait changée, puisque c'est la vulnérabilité qui fonde la répression et non le tabou social. La législation Italienne différencie l'inceste de l'infraction sexuelle classique, le premier étant considéré comme une infraction « contre la morale familiale » et n'est sanctionné qu'à partir du moment où il y a « scandale public », c'est-à-dire lorsque les intéressés se comportent de façon à rendre leurs relations notoires (grossesse par exemple). Ce n'est pas la conception française de notre droit pénal

²⁹ Art. 222-24 4°.

qui ne se veut pas moralisateur, mais protecteur des personnes vulnérables. Il ne veut pas être l'écho d'un interdit moral.

24- Concernant les mineurs, les « surqualifications » continuent à s'appliquer dans plusieurs cas de figure.

Le premier est celui d'actes sexuels commis entre mineurs. Il n'est pas rare qu'un mineur de 17 ans ait une relation sexuelle avec un membre mineur de sa famille (sa sœur ou une nièce). Pour cette hypothèse, le droit pénal classique s'applique. Ce jeune homme sera condamné uniquement si la preuve du non-consentement de la victime est prouvée, donc uniquement si la preuve d'une contrainte, d'une violence, d'une menace ou d'une surprise est rapportée (puisque la présomption de non-consentement ne concerne que les actes commis par les majeurs sur les mineurs). La peine sera aggravée (20 ans) s'il s'agit d'un mineur de moins de 15 ans ou si le mineur a une autorité sur l'autre mineur.

Le deuxième cas de figure vise les actes sexuels imposés par un majeur sur un mineur lorsque, bien que le lien familial soit établi, celui de l'autorité ne l'est pas : par exemple, un oncle abuse de sa nièce, mais qui n'a pas d'autorité de droit ni de fait sur elle. L'acte sera « qualifié d'incestueux », et l'aggravation de la peine ne s'appliquera que si l'enfant a moins de 15 ans.

Enfin, si un mineur a un ascendant sur un majeur, comme par exemple, une jeune fille de 15 ans qui a un pouvoir, une autorité, une emprise sur un majeur de 18 ans, l'acte sera « qualifié d'incestueux », si la preuve d'un non-consentement est apportée. Il n'y aura cependant pas d'aggravation de peine.

En conclusion, le droit pénal de l'inceste manque de clarté. Sa construction claudicante révèle sa difficulté à appréhender ce tabou. La création des infractions autonomes prenant en compte le particularisme des

relations sexuelles intra-familiales doit être saluée, ainsi que le refus d'interdire l'inceste consenti entre majeurs.

En revanche, il est à regretter l'absence d'une vraie réforme, réfléchie et cohérente. Aujourd'hui, le droit pénal de l'inceste n'est qu'un empilement compliqué de textes. Selon les hypothèses, l'infraction sera incestueuse et bénéficiera d'une répression facilitée, ou sera « qualifiée d'incestueuse » et restera soumis au régime classique.

S'inscrivant dans la politique actuelle de lutte contre les violences sexuelles, le législateur a renforcé la répression des actes incestueux. Cependant, dans la précipitation, il ajouté des dispositions à ce qui existait déjà, au lieu de refonder l'ensemble³⁰ qui, pour le jour, reste abscons et fait craindre des difficultés d'application.

³⁰ Cf. C. HARDOUIN-LE GOFF, préc.