

Le chagrin et la pitié¹

Gilda Nicolau

Professeure de droit à l'Université de Paris VII

« La puissance paternelle des Romains est établie dans l'intérêt de celui qui l'exerce ; l'enfant est un instrument de travail et un profit pour le père ; tandis que dans nos coutumes et d'après notre code, l'enfant a droit à être élevé et ce droit impose au père une obligation ; tout se rapporte à l'enfant, rien au père ».

François Laurent, 1878.²

Un texte de loi peut-il révéler à l'interprétation, la manière dont le droit réfléchit les enfants ?

A l'occasion d'un échange avec Bertrand Vergely³, Claire Brisset, défenseure des enfants⁴, s'inscrivait en faux contre cette symétrie souvent invoquée qui conduirait à compenser les droits des enfants, si tardifs à venir, par des devoirs : « *Que l'on me dise quels sont les devoirs d'un nourrisson !* »

L'article 371 du code civil prévoit pourtant, depuis bien longtemps, un double devoir à la charge des enfants : « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses pères et mère* ».

Certes, faut-il imputer à la sagesse interprétative des juristes comme des justiciables⁵ qui ne reprochent pas encore sur le fondement de ce texte à leur nourrisson de les réveiller la nuit, sa portée très modeste en jurisprudence. On sait pourtant que ni l'absence de saisines, ni le silence des motivations et leur commentaire ne concluent à sa désuétude, c'est pourquoi il est opportun de se demander pourquoi la réforme du droit de la famille de 2002 a maintenu ce texte. A moins que la portée de l'interrogation de Madame la défenseure et les conclusions de son moderne prédécesseur, ne portent à conclure que tout devoir est en même temps un droit, en l'occurrence, le droit des enfants de respecter et d'honorer ses pères et mère⁶.

Si cela est un autre débat⁷, l'ambiguïté du droit-devoir en question mérite quelques lignes supplémentaires, quelques années après d'illustres collègues⁸.

Un texte, dira M. Molfessis⁹ lors d'une conférence à la Cour de Cassation, que l'on avait longtemps pris pour « *une règle morale perdue au sein de textes juridiques* »¹⁰ avant que la Cour ne lui découvre la portée normative d'obliger un descendant à assumer la charge d'une sépulture. Le rapport de

la Cour de cassation reprend cet exemple¹¹. Un texte, reprendra l'auteur, à la portée normative faible.

Son origine morale se trouve dans le quatrième commandement du décalogue : « Tu honoreras ton père et ta mère ». L'injonction est présente pour partie dans le libellé de l'article 371 du code civil. Intitulé ainsi son commentaire, Alain Sériaux en livre la portée biblique, qui est bien éloignée des fonctions du droit. « *Dans sa formulation biblique, le commandement porte immédiatement sa récompense... et tu auras longue vie sur terre* ». Or si le droit n'a guère pour mission de récompenser¹² ses sujets, il convient de s'attarder sur l'interprétation de cette conséquence toute spirituelle, afin de mesurer et je partage l'avis de l'auteur sur ce point, ce que le droit n'est pas uniquement affaire de juristes¹³. De ces raisons qui conduisent l'article 371 à vivre sa vie hors des prétoires, M Sériaux dégage certaines : « *Oubli ou pardon des offenses, de mise dans un domaine où vaille que vaille les relations affectives prédominent ; souci de ne point vider les querelles sur la place publique ; utilisation discrète de peines effectivement privées*¹⁴ » ; dernier argument qui fonde semble-t-il l'attachement de l'auteur à l'obéissance des enfants, et au pouvoir des parents sur eux.

Un anthropologue du droit pressentira des secrets ou un tabou derrière cette trop belle paix des familles.

Sur la longue vie promise par les textes, il ne s'agit pas pour l'Eglise de concurrencer cette fois, les médecins, mais de consacrer le lien intergénérationnel, qui relie l'enfant à ses origines, et à son avenir¹⁵. Si cette conséquence apparaît peu juridique, c'est que l'individualisation des sujets de droit les institue dans leur rapport à la loi et à l'Etat, et non en vis-à-vis des autres sujets. Elle repose aussi indubitablement sur l'avènement de la démocratie, et la transformation

1. « *Le chagrin et la pitié* », auquel renvoie ce titre, est un film documentaire de Marcel Ophuls tourné en 1969. Marcel Opuls et André Harris y « *soulèvent le voile d'une histoire mensongère découvrant des vérités honteuses et longtemps cachées* » (le cinéma du Monde). Ce texte procède de la même intention, en confrontant un « *droit au* » respect, déconnecté des réalités de l'enfant débiteur, à l'heure où ce terme trahit, au travers de sa revendication même, sa vacuité de sens.

2. François Laurent, *Principes de droit civil français*, Bruxelles Bruylant 1978, Tome 4, n° 258, p 346.

3. Bertrand Vergely et Claire Brisset, *Penser l'enfant*, conférence du LACRIJ, www.diderotP7.

Jussieu.fr/lacrij/videos.

4. Et non de l'enfant (des droits), car comme ce titre, « *l'enfant* » au singulier ne prend sens qu'à la rencontre du vécu de sa singularité.

5. Et à la honte mêlée lorsqu'ils sont battus ou maltraités par leurs propres enfants.

6. De même que le droit pour les parents de maintenir un enfant à leur domicile, est aussi un devoir de les accueillir.

7. Celui de la re-fondation de l'autorité.

8. Alain Sériaux en 1988, Bernard Beigner en 1995. A Sériaux, « *Tes père et mère honoreras* », réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain, RTD civ 1986, pp 265 à 281.

9. Exposé introductif à la reddition du rapport « *Incertitude et sécurité juridique* » rapport du groupe de travail sous l'égide de la Cour de Cassation, l'Institut des Hautes études sur la justice, le Centre des Hautes Etudes d'Assurances (CHEA), et l'Ecole Nationale Supérieure de Sécurité Sociale (EN3S), jeudi 17 mars 2005, Grand Chambre de la cour de cassation.

10. C'est aussi semble-t-il le propos de M. Sériaux, commentateur de cet article, du moins dans ses premières lignes, puis qu'il semble penser qu'il y a là une règle de droit, plus appliquée que la jurisprudence ne le donne à voir. A Sériaux, « *Tes père et mère honoreras* », réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain, RTDciv 1986, pp 265 à 281. Bernard Beigner, *L'honneur et le droit*, préface de Jean Foyer, LGDJ 1995.

11. Page 15.

12. Mais il délègue pour le faire les professeurs des écoles. Circulaire n° 91-124 du 6 juin 1991 : « L'école maternelle joue un rôle primordial dans la socialisation de l'enfant : tout doit être mis en œuvre pour que son épanouissement y soit favorisé, c'est pourquoi aucune sanction ne peut être infligée ».

13. Dans le même sens voir P Jestaz, *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 1992, p 22 : « A la limite est droit, ce que le groupe social s'accorde à traiter comme tel, même s'il le traite avec les moyens du bord ».

14. « *Discretion* » que je remets en cause en seconde partie.

15. Ce qui fait dire à M. Vergely que l'enfant (comme l'homme) « *vient de loin et va très loin* ». in *Penser l'enfant*, conférence du LACRIJ op.cit. A Sériaux, op. cit. note 1, p 266, citant Claudel.

16. A Sériaux, op cit, p 266 n°2.

17. Pour autant, je récuserai l'hypothèse selon laquelle « *le danger de substitution de la morale du juge à celle des parents est dès lors permanent* ». A Sériaux p. 274 n° 12.

18. Il est passé sous silence dans la plupart des manuels de droit comme dans les ouvrages spécialisés dans la protection des mineurs.

19. G. Nicolau, « *L'autorité parentale à l'épreuve* », Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade Deschamps, Presses Universitaires de Bordeaux 2004, p.141-176.

20. Alan Bruel, Françoise Dekeuwer Défossez, Gilda Nicolau, « *Vies des familles, normes, droit* », conférences du LACRIJ, www.diderotP7.Jussieu.fr/LACRIJ/Vidéos.

de l'autorité qui en résulte transforme radicalement le sens de ce texte.

La règle elle-même de l'article 371 en est la première manifestation, qui traite l'enfant comme « *autre* » de ses parents avec lesquels il entretient des relations juridiques¹⁶. Cette altérité est cependant source des grandes difficultés d'appréciation chez les juges des enfants, qui, par leur fonction, protègent les enfants en danger, mais à condition de les maintenir dans toute la mesure du possible dans leur milieu actuel (art 375-2). Dans ce cas, c'est de mettre en respect les membres de la famille, leur imposer une nouvelle distance, et non d'éprouver des sentiments qu'il s'agit. C'est du lien familial que le juge se préoccupe, et de sa qualité minimum.¹⁷ Or, si la fonction du juge est exclusive de la morale religieuse, l'article 371 du code civil, lui accorde une singulière permission. Il demeure que le danger de cette règle est bien là.

Attentatoire à la liberté de conscience, elle ne distingue pas entre des situations si disparates, qu'elles en entraînent les effets les plus opposés. Or les règles portant atteinte à la liberté doivent être spéciales et d'interprétation stricte. On ne s'étonnera pas alors, que l'injonction soit abandonnée des juristes, et de la Cour de Cassation.

Pour l'heure, a peine critiqué¹⁸ pour son caractère unilatéral¹⁹, à l'époque où émergent des droits de l'enfant, lorsque les ingrédients de l'autorité se dégagent de la force pour, plus démocratiquement reposer sur la réciprocité du respect, ce texte mérite relecture. Le contexte juridique et social change. On peut légitimement se demander si un tel renvoi en transcendance n'a pas servi de pis-aller au législateur de 2002, impuissant à redéfinir l'autorité parentale²⁰ ; à moins que selon l'hypothèse de Bernard Beigner, il n'ait trouvé la suppression sacrilège ! A défaut de décrire les ingrédients de l'autorité, un aussi vieil *allant de soi* pouvait aussi exprimer quelque nostalgie ; à l'heure où l'extension de la règle bourgeoise à toutes les classes sociales érige en boucs émissaires tant les enfants incivils que leurs parents envoyés en stage.

La loi du 4 mars 2002, institue entre parents et enfants des devoirs réciproques : le respect est dû à la personne de l'enfant (article 371-21). Révolution silencieuse, cette introduction implicite des droits de l'enfant dans la loi française, n'a pas fini de dévoiler ses potentialités quant au choc des droits subjectifs qui en résulteront.

L'actualisation de ce texte apparaît d'autant plus difficile que les relations entre parents et enfants ont considérablement évolué ; plus expressives d'affectivité, moins distantes ; la puissance paternelle qui leur servait de justification voire de contrepoids

n'est plus. Il semblerait que la loi demeure un résidu tautologique d'une éducation passiviste, et un principe de solidarité relayé puis remplacé par l'Etat. Or dans le même temps, sortent de l'ombre des « victimes » particulières de l'ère de la providence et de la plainte, qui ne s'identifient pas comme telles²² et persistent longtemps à protéger les auteurs de leur malheur. Introduire la prohibition de l'inceste dans la loi pénale pose alors tout à la fois le problème de la pertinence et de la portée de la fameuse prohibition et celui de sa confrontation avec l'obligation générale de respect. Même alors que l'inceste est sanctionné juridiquement sans mot dire, son incompatibilité avec le respect mutuel est toujours criante. Pour autant, la distance à laquelle pourrait être ramené le respect du droit, est bien difficile à combiner avec la proximité inhérente à la vie sexuelle²³, comme à l'intimité parfois forcée de la relation familiale²⁴.

Voir des praticiens interroger le sens est cependant propice à la modération. C'est pourquoi, je m'interroge encore sur la manière la plus juste de ménager les uns tout en protégeant les autres²⁵, du fait, et quoiqu'en fasse la justice, de cette contrainte de taille : l'enfant est à tout âge, celui de ses parents²⁶.

On objectera que la loi est aussi là pour protéger le faible, et qu'à cet égard, l'article 371 est contreproductif. Je soutiendrai ici, qu'il est fauteur de troubles : de danger par les silences qu'il impose, de déséquilibres personnels par les deuils qu'il interdit. Certes, je vise ici les exceptions qui confirment la règle. Mais entre les deux domaines de l'enfance protégée par ses parents des vicissitudes habituelles de l'existence et de l'enfance gravement en danger, qui sera juge des devoirs de l'enfant livré à lui-même sans protection et moralement interdit de défense ?

Car l'ambiguïté de la règle réside dans l'impossibilité de distinguer l'obligation juridique de l'obligation morale qui la suit comme son ombre (et la règle n'est pour certains que cela !).

A ces deux titres, si l'obligation légale d'honneur et de respect semble inutile (et presque vexatoire) aux enfants dont les parents, exercent « *normalement* » leur autorité parentale (dont l'exercice conjoint est désormais renforcé pour tous), elle devient injuste pour tous les autres. En effet, comment maintenir ces devoirs alors que les enfants ont eu à subir de la part de leurs parents, maltraitance, sévices, inceste, comment permettre aux services éducatifs de faire un travail de distanciation devant une telle injonction paradoxale ?



M Crivillé avancera justement que le travail du thérapeute et celui du juge ne sauraient aller dans les mêmes directions. Mais comment éviter une criante contradiction entre l'éprouvé et le vécu²⁷, assurer une meilleure complémentarité entre les soins, et la punition ?

L'article 371 s'est momentanément effacé devant ses manifestations spéciales et c'est heureux. Sa généralité ou son absence de distinction se heurtent à l'application fine et complexe des obligations qu'elle impose avec une solennité qui pèse faux. Sa présence dans la loi, laisse pourtant à l'interprète le pouvoir de le faire renaître, de l'ériger en principe. La levée des secrets liée aux tabous, tels que l'inceste, mais aussi les violences faites à parents interrogent la qualité des relations et la part du droit dans le respect des libertés. Demeure que la distinction sémantique entre la morale et le droit est la condition sine qua non de leur respect²⁸.

Signe de défiance à l'égard des parents, des juges, des éducateurs, des enfants surtout, il conviendra de se poser la question de la portée communicationnelle²⁹ de ce texte et en tous cas de ce qu'il dit du droit. Thermostat bloqué de l'incivilité, il ne propose guère de grammaire du savoir être en société.

Est-il opportun, suivant les conclusions du rapport précité de la Cour de Cassation de voir supprimer ce texte comme disposition juridiquement inutile³⁰ I, ou bien de rechercher d'autres voies juridiques aptes à en contrecarrer les effets nocifs II. Une injonction persécutrice, et tant que nous y sommes, convoquer la loi civile, celle des articles 375 et suivants à une fonction renouvelée de la réparation ?

I. Un texte juridiquement inutile ?

Nous sommes en droit de la famille, et dans le domaine des obligations de faire ; obligations extrapatrimoniales, tristement sanctionnées par de l'argent. Quant il s'agirait de ses effets patrimoniaux, régis par des règles spéciales qui se suffisent à elles-mêmes, il est constant que l'obligation de verser une pension alimentaire s'exécute généreusement si elle est spontanée, et aux moindres frais, lorsqu'elle fait l'objet de la contrainte judiciaire³¹. Que penser alors d'une obligation de manifester respect et rites d'honneur à ses parents³², lorsque ce devoir dû à tout âge, n'est sanctionné judiciairement que lors des funérailles ? Ramenant son étendue à une peau de chagrin, la portée ou la potentialité normative du texte reste à considérer.

A. La peau de chagrin

Il s'agit d'un texte ancien³³ qui doit être lu dans le contexte de l'époque actuelle et dans un sens juridique. Les références à ses origines religieuses se lisent encore parfois dans les motivations jurisprudentielles relatives à la piété filiale, qui fonde l'obligation naturelle de prendre soin des ses auteurs durant leurs vieux jours, ou dans loi tel l'article 114 du code civil référant à la crainte révérencielle à l'égard des pères et mère, qui ne peut, à elle seule, conduire à l'annulation d'un acte juridique pour violence.

Bien que les sentiments d'amour s'expriment plus aisément que par le passé, leur absence dans le texte, peut signifier tout aussi bien que les sentiments ne sont pas affaire juridique (mais alors que viennent y faire honneur et respect ?) ou que l'on a le droit de ne pas respecter et aimer ses parents pourvu que les apparences soient sauves, avec d'hypocrisie juridique dont on se passerait ! Pour autant, si ce texte conserve une raison d'être, c'est à la recherche de son sens juridique qu'il faut s'atteler ! Il y a pourtant tout lieu de penser que cette règle est également sociale et s'exécute spontanément. Témoin en est la demande croissante des jeunes qui justifient leurs actes délinquants par le comportement irrespectueux de la victime. Le moindre regard suspect est sujet à caution lorsque l'on n'a pas encore acquis le sens de la mesure.

Or cette demande doit tenir cas de l'exigence qu'elle suppose quant à la qualité du lien à autrui. La violence, le droit de correction ont davantage œuvré pour la peur et leur reproduction aveugle, que pour le respect. Or ce devoir apparaît comme anachronique imposé à ceux qui ne l'ont pas encore appris, n'en ont pas fait l'expérience qui passe bien sûr par l'exemple. Ce n'est que sur ce fait que peut reposer la différence de traitement entre les âges de l'enfance. Or de ce point de vue, il n'y a pas de crise de la transmission, mais bien un renouveau qui cherche son objet. C'est l'avènement de l'autorité dans sa temporalité spécifique qui vise étymologiquement à augmenter son « bénéficiaire », non plus à l'aune d'un succédané évolutionniste de la sécularisation du droit, qui permettrait aux héritiers de faire fructifier l'héritage, mais à celle d'un éternel recommencement³⁴.

En envisageant la temporalité comme champ, après Merleau Ponty, en repensant la générativité fondatrice de l'ordre temporel, l'auteur précitée ouvre avec ses prédécesseurs illustres, le champ d'une réflexion essentielle.

Il demeure qu'étant intimement liée à celle qui m'occupe, il ne s'agit que de tisser les liens du débat passionnant.

21. Art 371-1 in fine : « ... Elle (l'autorité parentale) appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect du à sa personne ».

22. Ou avant de nombreuses années selon l'exposé des motifs de la proposition de loi « Estrosi ».

23. Le développement de la répression du harcèlement sexuel venu d'Amérique, se heurte notamment à une culture latine du contact physique et de la parole triviale.

24. Le respect de la vie privée accordé à chacun par l'article 9 du code civil devrait désormais recevoir des développements inédits, bien au-delà du respect coutumier de la corresponsabilité des enfants, ou de celui légal de prendre une contraception ou de demander une IVG.

25. Cette imprécision terminologique tient à la multiplicité possible des auteurs, comme au fait que tous sont à des niveaux divers, victimes du dysfonctionnement incestueux.

26. Et le frère ou la sœur de ses frères et sœurs.

27. A Crivillé, « Intervention judiciaire et processus de soins, s'accordent-ils ? » in *Procès Dutroux, penser l'émotion*, sous la direction de Vincent Magos, temps d'arrêt lectures, publié par la coordination de l'aide aux victimes de maltraitance, en ligne www.cfwb.be/maltraitance, p 65 et ss.

28. De même que l'on doutera du rôle de la loi dans la sensibilisation des élèves au racket et aux violences scolaires, il semblerait que le législateur marche sur les platebandes de l'éducation et de l'éducatif qui ne fonctionnent pas (plus ?) à coups d'injonctions morales mais précisément d'éducation au respect.

29. Dominique Rousseau, « La loi ? Un instrument de communication », Point de vue, Le Monde 03 02 05.

30. Première proposition du rapport précité sur la sécurité juridique de faire un audit parlementaire du « stock » de législation existante et de sa pertinence » p.33.

31. Et ce, dans les deux sens ! J'aborderai plus loin les intérêts d'une interprétation analogique entre droit extra-patrimonial et droit patrimonial.

32. Il faut bien sûr exclure de l'obligation juridique celle d'éprouver des sentiments, le droit se contentant de manifestations extérieures destinées au maintien de l'ordre.

33. Il date du code civil en 1804 tout en provenant du droit écrit des pays de la France méridionale.

34. Myriam Revault D'Aalones, « *De l'autorité à l'institution - La durée publique* », Esprit, août septembre 2004, pp 42 à 63.

35. Sur son incapacité structurelle à le faire : Carole Younés, *Le droit et la différence*, thèse sous la direction d'Etienne Le Roy, Paris I, 2004.

36. Selon A. Sériaux, cette dernière obligation croîtrait avec l'âge et la liberté de l'enfant, et serait une spécificité des enfants majeurs.

37. Bien que la fête des mères et la médaille de la famille soient régies par des textes.

38. Ce qui implique de la reconnaître.

39. A Sériaux, op.cit. p 272, n° 09.

40. Loi augmentée par la loi du 13 décembre 2000 et le décret du 9 janvier 2002, art L 5134-1 du code de la santé publique.

41. Qu'un texte interdisant l'inceste ne saurait altérer.

42. Art L 162-7 du code de la santé publique et art L22212-7 réformé par la loi du 4 juillet 2001.

43. Il s'agit essentiellement de prôner l'inapplication à ce texte de l'adage « *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* » : Où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer. Henri Roland et Laurent Boyer, *adages du droit français*, Litec, 1992, n° 434 p 936.

44. Ou à la maison paternelle Mettray fondée en 1855.

Le respect dans la distance bien connu des praticiens du rituel judiciaire peut d'ores et déjà être appréhendé dans les manifestations. Mais les places vont devenir mobiles, et la métaphore du Match de Tennis siéra mieux aux évaluations des places. Le chemin est entamé. Les textes spéciaux protecteurs de l'enfant le sont en même temps des parents. L'interdiction de faire des mineurs des donneurs d'organes à leur frère ou sœur les écarte de l'impasse du conflit d'intérêt qui les déchirerait. La liberté du mariage n'est guère entravée que dans l'intérêt de l'enfant, celle du concubinage autorise l'attente salutaire. Or si l'article 371 est vidé de son sens par les autres textes, leur synthèse transcendante peut-elle faire oublier sa funeste histoire ? Non ingérence dans l'intimité (évolution du respect de la vie privée au sein de la famille), dans la vie sexuelle, tolérance dans la différence, dans la discorde. Ce sera sans doute un grand progrès pour le droit que d'apprendre de ses justiciables la pensée de la différence³⁵.

Si l'obligation de respect n'a pas pris une ride, et pour cause, l'honneur se confond quelque peu avec la première³⁶; le droit impose des manifestations externes et non des sentiments éprouvés, ce qui atteste à la fois de son impuissance et son sens de la mesure. La distinction semble ne concerner que les familles les plus aisées et celles où la tradition tient une place importante et effective. Les manifestations d'honneur peuvent alors être servies par des rituels ou des pratiques quotidiennes révélatrices d'une déférence plus importante que le « *simple respect* ». Là encore, les convictions et pratiques religieuses viennent alimenter le contenu moral de la norme³⁷. Pour d'autres, l'introduction commerciale de rituels festifs, étendus aux grands parents (fête des grand-mères), donnera l'occasion aux descendants, de gâter publiquement leurs pères et mère, une fois l'an. Quant au respect, c'est aux règles de politesse que s'identifieront les marques de déférence aux parents : vouvoiement chez certains grands bourgeois ou Basque, non-usage de langage ou d'attitudes déplacés, distance respectueuse à l'égard de la sexualité³⁸. La sexualité des mineurs est un bel exemple d'inversion que peut produire l'évolution des mœurs dans les raisonnements des juristes. Lorsqu'en 1986, M. Sériaux fait commentaire de l'article 371, il ne trouve pas « *à se féliciter de l'autonomie nouvelle concédée aux mineurs en matière sexuelle* »³⁹. Faisant référence à la loi du 4 décembre 1974 leur donnant accès à la contraception sans autorisation parentale⁴⁰, il n'approuve pas davantage, les premières décisions de juges des enfants ayant passé outre le refus parental d'autoriser une IVG sur la demande d'une mineure, habilitée à le saisir.

L'auteur aura eu, dès cette époque de multiples contradictrices. Dans le discours des magistrats d'aujourd'hui non seulement la sexualité entre mineurs apparaît comme un signe de bonne santé (physique et morale)⁴¹, mais une assemblée de magistrats réunis s'insurgeait récemment d'une même voix que l'on laisse accoucher une mineure de onze ans compte tenu du traumatisme physique et moral que cela constitue pour elle. Quant à la loi, elle privilégie le consentement de la mineure qui sera exprimé hors la présence de ses parent (le consentement d'un seul est requis) et vise à leur substituer si besoin l'accompagnement d'une personne choisie par la mineure⁴². En sens inverse et bien que l'honneur des enfants ne soit pas expressément énoncé, la fête d'anniversaire ritualise coutumièrement la succession des générations et le bonheur des transformations de la vie.

De même, bien que la ratio legis ne puisse apparaître qu'à la confrontation du texte à la réalité qui le convoque, tentons une recherche prospective de la potentialité de sens du texte quant à ses destinataires. L'objectif d'une analyse littérale est souvent de mesurer la faible clarté de tout texte lorsqu'il est pris aux équivoques induites par l'interprétation ; par là, de souligner la vanité de directives d'interprétation qui interdisent de laisser produire aux faits leur travail naturel d'adaptation des normes⁴³.

L'enfant peut être entendu comme le mineur de dix huit ans et partant l'expression « *à tout âge* » : à chaque instant de sa minorité. En reliant le texte à la puissance paternelle, certains commentateurs des travaux préparatoires ont voulu mettre fin à cette contrainte morale à la majorité. C'est le prix de la liberté que les pères achetaient en dépouillant des fils pré-majeurs de leurs biens, volaient en les enfermant à la Bastille ou à la Petite Roquette⁴⁴. Mais on objectera que l'on est toujours l'enfant de ses parents, lesquels sont également visés dans le texte, et qu'à tout âge, peut alors signifier à l'instar de la belle « *compilation* » d'Edgard Morin⁴⁵ que, au fil du temps, on garde chacun de ses âges successifs, leur originalité, leurs engouements (les passions de l'adolescence). S'il demeure qu'il s'agit toujours de l'âge de l'enfant, elle englobe cette fois de manière statutaire, les différents moments de la vie, qui voient mourir un état de la personne, pour en voir naître un nouveau. Ainsi, les parents naissent à l'arrivée de leur premier enfant. Avant, ils sont enfants eux-mêmes et jusqu'à leur mariage, ou durant tout leur célibat, ils figurent sur le livret de famille de leurs parents.

Je reviendrai sur ce propos au sujet de l'étendue dans le temps de l'interdit de l'inceste.



Quelque soit le sens retenu, et alors que la distinction entre majeurs et mineurs tend à s'estomper, les destinataires, les parents peuvent être considérés soit en tant que personnes soit du point de vue de leur fonction parentale. La place du texte, juste avant la définition de l'autorité parentale, le rattachement du respect de l'enfant à sa personne, iraient en ce sens. Pour autant, le texte ne distingue pas entre la fonction maternelle et paternelle, ce qui est de bon droit⁴⁶. La pratique elle-même ne charge plus la mère de toutes les attentes sociales de perfection et d'écoute, et nous en voyons les conséquences sur la baisse de son impunité en cas de mauvais traitements.

Un éclairage nouveau vient en effet de l'art 371 - 1 qui apporte le respect dû à la personne de l'enfant. Or c'est envers ses père et mère que l'enfant est obligé. L'injonction s'adresserait désormais à la fonction parentale⁴⁷ plutôt qu'à la personne des parents. Peut-on accorder de l'importance à la nuance au point d'imaginer qu'un enfant dont les parents sont maltraitants, peut les mépriser en tant que personnes, tout en respectant la fonction parentale ? Il s'agit en réalité d'une question abstraite, qui toutefois rejoint celle de la nécessité de distinguer respect moral laissé à la conscience de chacun et respect juridique rapporté à la correction de sa conduite.

Lorsque les textes spéciaux, d'application stricte, ont éloigné l'enfant placé de ses parents, et quand ils seraient sollicités pour les décisions importantes, ces derniers se voient privés de l'essentiel : une relation quotidienne et chronophage. Recevoir le bulletin trimestriel et les photographies de Noël apparaissent comme une maigre compensation pour obtenir leur adhésion ; il leur reste ce droit au respect, qui devrait guider juges et éducateurs dans toutes leurs démarches (et ceux que j'ai observés dans leur travail y sont attentifs), devoir qui pourtant ne pèse que sur les enfants.

Les relations du mineur avec ses grands parents obéissent à une ambiguïté plus grande. Le lien entre générations, tantôt rempart contre la défaillance des parents, et érigé en droit de l'enfant (art 371 - 4), peut également invalider l'écran provisoire opéré par les parents protecteurs à une transmission perverse. Certes, la loi leur permet-elle de s'opposer aux relations personnelles avec les ascendants, mais seulement en cas de motif grave. Là encore, l'obligation de respect est-elle à même de faire opposition à un processus de résilience et de participer de la reproduction des troubles sur plusieurs générations.

En ajoutant dans l'article 371 - 1 du code civil, le respect dû à la personne de l'enfant, il faut admettre que le législateur de 2002 a modifié la portée normative du texte.

Il faudra considérer, à la fois par conviction personnelle tirées d'observations de terrain, que cette dernière ne se résume pas à son expression jurisprudentielle.

B. La juridicité du texte

Il faut admettre que la bonne application du droit, comme les raisons de cette application, arrivent peu à la connaissance des juristes. Chacun y accède grâce à ses propres références. L'enfant aimé et même peu aimé, peu respecté par des parents plus dépensiers de leurs revenus que de leur attention, éprouve et manifeste (s'il est un tant soit peu « élevé ») honneur et respect bien au-delà de ce qu'aucun texte juridique peut régler. L'enfant est généreux et riche, pour peu qu'on ne le prive ni de l'une ni de l'autre de ses propriétés, par un abus de confiance ou un vol de générosité. On objectera que ceux là n'ont pas besoin du texte, et que leurs parents n'iront pas demander à un juge, à la première incivilité, qu'il en découvre la portée normative ; ce qui se vérifie heureusement. Pour les autres, c'est la saine suspension de toute relation, qui permettra au temps de faire son œuvre reconstructrice du lien à condition que la justice et les thérapeutes l'y aident un peu (sans forcer). Ainsi, c'est dans la rupture, le conflit, que la règle de droit devient orientation, parfois réponse. Aussi, ne faut-il pas s'étonner de cette renaissance de la règle à la mort des parents.

Pour autant, et la Cour de cassation nous y invite, ne faut-il pas distinguer désormais l'application du texte du vivant des parents, et après leur mort ? Certes, cette distinction gomme quelque peu celle entre les mineurs et les majeurs, ce qui correspond à l'évolution des mœurs, même en matière patrimoniale ; mais elle réintroduit par les changements de statuts respectifs, un versant plus anthropologique de la loi. Enfin, il ne faut pas négliger que sa portée principielle, est à même de servir la levée des secrets relatifs aux violences à parents.

1. Vie du texte et vie des parents

« La normativité n'est pas toujours un état donné de la règle : c'est un état qui peut aussi s'acquérir dans le temps, notamment par voie d'interprétation et d'application. Le juge, mais aussi la pratique, contribuent à la normativité des textes, aussi bien qu'à leur absence de normativité. Et des textes apparemment privés de toute normativité ont pu jouer un rôle déterminant... D'autres se réveillent de période de profonde léthargie. Le coma textuel est rarement irréversible (art 371 du code civil : l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère qui conduira à l'obligation d'assumer la charge d'une sépulture) ».

45. Samuel Thomas, *Regards sur Edgard*, entretiens thématiques avec Edgard Morin, film publié aux éditions Montparnasse. 2002.

46. Nous verrons en II qu'en matière d'inceste, seule la loi anglaise distingue (et donc reconnaît officiellement) selon qu'il émane de l'homme ou de la femme, mais en désignant à la fois parents et enfants comme acteurs de l'inceste. Historiquement, il s'agit d'une nouvelle glas de la puissance entre les mains d'un seul. La veuve en héritait partiellement en ce qui concernait le droit de correction.

47. On reconnaît là l'impératif d'ordre qui a présidé à l'émergence de nouvelles infractions pénales devant l'incivilité des jeunes dont les nouvelles victimes, fonctionnaires de l'éducation nationale, sont protégées contre l'outrage. Peu importe l'existence d'une violence mimétique, institutionnelle qui justifierait celle des jeunes, lorsqu'il s'agit de fonction, il faut empêcher le déshonneur. Cf art 433-5 du code Pénal issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art 45.

C'est en ces termes, que le rapport précité de la Cour semble justifier pour la loi, une théorie de la belle au bois dormant (dont la Cour serait le prince).

Ce propos porte à penser deux extrêmes : d'une part, que l'interprétation (ici par analogie ou a contrario, recevables en matière civile) est susceptible de contribuer à leur faible normativité, d'autre part, que la pratique des juges pourrait produire l'effet inverse.

Ce dernier danger sera abordé en deuxième partie.

Tout en rappelant la faible normativité prêtée actuellement au texte par la jurisprudence de la Cour de Cassation, on peut voir comment, par voie interprétative, il est possible de l'annuler par un autre texte. Pour autant, il ne faut pas se voiler la face devant la transgression manifeste du devoir de respect, qui reste tabou : les violences faites aux ascendants. Il s'agira d'envisager le possible réveil normatif de ce texte dans ce cas de figure.

Aménagée par des textes spéciaux dont, selon les commentateurs des travaux préparatoires du code civil le texte constitue un appui, l'obligation a été distinguée par M. Sériaux pour sa positivité, en vis-à-vis des obligations de ne pas faire. Or les obligations de faire en question n'ont cessé de se réduire dans le temps, tandis qu'il ne se trouvait de sanctions qu'en droit patrimonial, ou en droit pénal.

Dès les travaux préparatoires, les auteurs se sont opposés à l'amalgame consistant à voir du respect partout où un texte spécial sanctionnerait un manquement à une obligation légale. La règle spéciale dérogeant à la règle générale, cette première est ici à même de vider l'obligation de son contenu normatif. La question n'est donc plus à ce niveau de contester la nature juridique de la règle mêlée de contrainte morale, mais d'envisager sa potentialité normative. M. Beigner dans sa très riche présentation distingue en juriste deux catégories de dispositions : « Les unes, plus souvent situées en tête de la loi ; ce sont des articles directifs, généraux et inspirateurs... les autres sont les dispositions techniques ». Ce mode de rédaction n'a pas disparu dans les lois civiles récentes.

Pour autant on a pu douter de la portée normative des premières, voire de leur qualité de règles de droit ; tout au plus pouvaient-elles opérer une fonction finaliste, orientant l'interprète vers les buts ou la raison d'être de l'ensemble normatif.

C'est bien à cette catégorie qu'appartient notre texte, auquel il manque cependant selon Portalis dans le discours préliminaire « *d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail*

des questions qui peuvent naître en chaque matière ». Or il semble que bien que le juge ne soit plus la bouche de la loi s'il l'a jamais été, il ne lui est toujours pas permis de juger en équité.

Au final, il semble que ce texte vivifié après la mort par la Cour de Cassation présente moins de normativité que celui de la convention de New-York qui pour la même raison n'est pas en France d'applicabilité directe !

Quand bien même on retiendrait sa nature principielle, une interprétation a contrario, tout d'abord, permet de conjuguer l'application de l'article 371 et de l'article 371-1 en soutenant que si les père et mère ne satisfont pas à l'obligation de protéger l'enfant pour assurer son éducation et son développement dans le respect dû à sa personne, alors, l'obligation de respect et d'honneur est probablement suspendue le temps du rétablissement de leurs places complémentaires. C'est l'expression « *à tout âge* », qui reçoit alors exception ou suspension, ce qui est finalement assez commode en droit. L'article 227-17⁴⁸ introduit dans la loi sous une section V « *De la mise en péril des mineurs* », organise, en cas d'abandon de famille (ici assimilé) une telle séparation, et l'on n'a pas jusqu'alors assimilé les visites en prison à un quelconque devoir envers les parents⁴⁹.

Enfin, une interprétation analogique tirée de la lecture des articles 205 à 208 du code civil, permet de voir comme le pragmatisme législatif en matière d'obligations alimentaires, est propre à inspirer les obligations de respect et d'honneur plus insaisissables, mais néanmoins intimement liées⁵⁰. Il suffit de remplacer aliments par nourritures affectives.

La potentialité normative de l'article pourrait alors résider dans la levée d'un tabou persistant. Il s'agit de l'hypothèse impensable des violences à ses parents qui les rapproche de l'interdit de l'inceste. Tous deux reposent sur des valeurs fondamentales, tous deux sont tabous au point de ne pas s'exprimer sur la scène juridique et judiciaire. Plutôt que d'apparaître honteusement sous les feux de la scène pénale, largement médiatisée, le cadre confidentiel de l'assistance éducative qui mérite désormais son appellation, permet aux parents dépassés, de travailler avec le juge à leur ré-autorisation.

Les deux questions sont liées en ce qu'elle posent la question de l'incidence du droit sur leur respect.

Dans les deux cas précités, ce sont les associations qui font émerger les affaires et « *identifient* » les victimes.

Les violences à parents, comme le parricide, ne sont plus des éléments constitutifs, bien que l'aggravation des circonstances dans ce cas, ait maintenu le niveau des

48. « *Le fait par le père ou la mère légitime, naturel ou adoptif, de se soustraire sans motif légitime, à des obligations légales au point de compromettre « gravement », la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende* ».

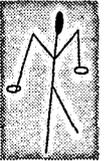
49. Le principe de la personnalité des peines s'y opposerait. Voir cependant, cette obligations vue dans l'intérêt de l'enfant, Isabelle Moine Dupuis, « *Le droit de visite du parent incarcéré* », Dalloz 1999, pp 252-254.

50. Art 205. Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin.

Art 207. Les obligations résultent de ces dispositions sont réciproques. Néanmoins, quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire.

Art 208 Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui réclame et de la fortune de celui qui les doit... art 209 Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

51. Il s'agit il est vrai d'une hypothèse rare, dont nous n'avons connaissance de l'ouverture que d'un dossier.



peines. Il en va de même en cas de viol et de violence à enfants.

Le viol en dehors de l'art 222-24 3°, n'est pas directement considéré en direction des ascendants : « lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience psychique ou physique, ou à un état de grossesse est apparente ou connue de l'auteur⁵¹ ». Ou 7° « commis avec l'usage d'une arme ».

En dehors de ces cas de figure, la sanction du manque de respect, qui n'est pas pour autant une condition d'existence de la règle, est peu juridique.

L'enjeu de l'autorité est bien là. Et là est la source du respect et de l'honneur. Au parent trop sévère on reprochera son abus de pouvoir, mais à celui qui ne sait pas s'imposer, qu'il ne sait pas se faire respecter.

Comment le ferait-il, alors qu'il est mort ?

2. Vie du texte et mort des parents

En retenant pour seule application de l'article 371, l'obligation pour l'enfant de payer des funérailles à ses parents, la Cour de cassation semble avoir eu l'intuition d'une conception plus philosophique ou anthropologique de la mort, que la seule disparition du corps.

Certes et au premier degré, on serait tenté de réaffirmer que les devoirs moraux de l'enfant n'ont rien à voir avec ses obligations patrimoniales, voire même en constitueraient le pendant le plus abject. Le chantage à la succession, bien présent dans l'antre judiciaire, et théâtralisé, occulte pourtant la liberté légale de dilapider son patrimoine même en présence d'héritiers méritants. En l'espèce, la société des pompes funèbres réclamait le paiement des frais d'obsèques aux enfants d'une personne décédée qui avaient renoncé à la succession au motif qu'elle était déficitaire. Sur le double fondement de l'article 205 et de l'article 371, la Cour de cassation décida que « l'enfant tenu de l'obligation alimentaire à l'égard de ses ascendants doit même s'il a renoncé à leur succession, assumer la charge de ces frais, dans la proportion de ses ressources⁵² ».

Bien que très liée aux obligations patrimoniales de l'enfant, la cour donne à repenser la durée de l'obligation et l'objet de sa réciprocité.

On peut lui rapporter bien que sans références à notre article, le comportement des juges lors de l'affaire Montand à l'égard des prétendants les uns à la filiation, tous à l'héritage. Il s'était agi, si l'on s'en souvient, d'exhumer le corps du chanteur six années

après le décès, afin de procéder à une expertise génétique afin d'établir un lien de filiation naturelle déjà invalidé lors d'instances précédentes. On ne s'appesantira pas, sur cette inféodation au mythe de la vérité scientifique qui a conduit le juge à ordonner une telle atteinte à la mémoire, au cadavre et à sa sépulture du défunt, mais au fait que sans craindre les dépenses occasionnées par le mandat d'experts prestigieux, les juges aient demandé la présence de toutes les parties à l'instance, à l'opération d'exhumation⁵³. Je ne peux m'empêcher de penser que ce ne fut pas seulement pour des motifs probatoires que l'on s'assura ainsi de leur regard impartial.

Plus juridiquement, on peut aussi y voir une présence et une responsabilité du droit dans le temporalisation des obligations. M Bruel regrettait la disparition progressive des rites initiatiques qui scandent les morts d'un état antérieur et les naissances à un autre état ; celui de parent demeure, fondateur et en permanente mutation. C'est la naissance de l'enfant qui donne naissance aux parents, et ils croissent mutuellement à moins que les uns n'écrasent les autres, et eux avec. Apprendre à se respecter mutuellement ne vas pas sans expérience. Encore une fois, s'élever est une affaire commune qui fait appel à la conscience, non au droit.

Quant à la pratique visée aussi par la motivation de la Cour de cassation qui ouvre cette partie, la présence de ce texte justifie encore une pression morale aussi inconsciente que nocive des magistrats comme des thérapeutes. S'il n'est pas douteux que tout doit être entrepris pour sauver le lien, cela ne saurait reposer sur les seuls enfants et leur faculté de pardon dont la demande sincère est rare. Qu'y a-t-il de pire pour une victime que des excuses visant à attendrir les juges ou les jurés, en vue d'une atténuation de la peine ?

II. Une injonction persécutrice

J'emprunte à Pierre Férida⁵⁴ ce qualificatif de l'honnêteté persécutrice qui tend à confondre la morale faite aux autres à la morale pour soi⁵⁵. Si l'éducation des enfants est faite également de transmission de ces règles communes à l'ensemble du corps social, ils ont vocation à partager mais aussi à réinventer le monde commun. C'est à une vision autoritaire et arbitraire de la transmission que semblent s'attacher ces prescriptions. Seule l'interaction avec le destinataire de la norme, peut donner à l'art 371 une fonction renouvelée. Or cette faculté créative de norme ne s'exerce pas directement avec la loi, mais dans le cadre de l'éducation, de la transmission et de l'éducatif ; ce qui pose la question de sa place, ou de son caractère encore déplacé.

52. Civ 1^{re} 14 mai 1992, BI n° 140. Dalloz 1993, 247, note Eschylle, JCP 1993, II, 22097, note Testu, JCP 1993, II, 137, note Salvage, Defresnois 1992, 1435, Massip.

53. Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre, 17 décembre 1998, Dalloz 1999, p 477, note Bernard Beigner.

54. Psychanalyste, Professeur à l'université Paris 7 Denis Diderot, fondateur du « Centre d'études du vivant ».

55. Bertrand Vergely, pour une école du savoir, Milan, 2000.

A. « La mauvaise éducation »

Emprunté au film du cinéaste Pedro Almodovar⁵⁶, ce titre est expressif du rapport de cause à effet qui existe entre les mauvais traitements infligés à des enfants et le mode de vie déviant ou délinquant qui sera le leur devenus adultes⁵⁷. Ce lien entre enfance en danger et enfance délinquante est évidemment la raison d'être de la spécialisation de la juridiction des mineurs française.

Comment justifier l'injonction d'honorer une fonction, lorsque la personne précisément ne l'exerce plus. Dans bien des cas, les rôles et places sont troublés ; enfant réifié dans l'inceste, rôle inversé en cas de carence où l'enfant est devenu depuis longtemps le parent de ses propres parents, enfant séparé de ses parents par le fait d'une sanction pénale... Le principe de réalité voudrait alors qu'honneur et respect soient inspirés par celui qui exerce de fait la fonction parentale (l'enfant lui-même, un autre adulte), alors qu'en droit, les titulaires sont limitativement énumérés et que la pratique des juges des enfants veille à atténuer ces changements de places. Il demeure que l'obligation juridique de respect, obligation de tolérance réciproque, faite de bienveillance et de fermeté dans l'art de poser les limites à l'autre a déstabilisé les temps de l'asymétrie. Pour élever, et pousser dehors, le détenteur de l'autorité, comme un législateur, doit savoir se retirer.

Il faut une pratique très fine de la pédagogie de la loi, pour ne pas assener la morale du bien et du mal dans la vie de ces familles. La confiance prêtée par le juge des enfants à titre d'encouragement ou de réautorisation, à un père violent doit s'accommoder de cette violence. Trouver les mots justes, lors de l'audience, puis en écrivant la motivation de la décision. Anticiper leur réception par le justiciable, enfant, parent, dont les intérêts doivent être conciliés. Tout cela est un exercice d'équilibriste, heureusement protégé par le principe de constante révisabilité des mesures. A défaut, ou dans le doute, mieux vaut une rupture par le placement, le travail à distance et le silence respectueux de la douleur des justiciables.

En s'insurgeant contre le quatrième commandement, Alice Miller psychanalyste bien connue pour son œuvre sur la maltraitance parentale instituée par la culture (pédagogie noire⁵⁸) fait le procès du quatrième commandement, procès auquel des générations de parents pourraient être traduits, sauf les plus résistants : « *L'idée que l'on doit jusqu'à son dernier jour révéler ses parents - c'est-à-dire leur témoigner un respect mêlé de crainte - repose sur deux piliers. Le premier réside dans l'attachement tragique de l'ancien enfant maltraité à ses bourreaux, phénomène qui se manifeste assez souvent dans les comportements masochistes, pouvant*

aller jusqu'à de graves perversions. Le second réside dans la morale qui depuis des millénaires nous menace de tous maux si nous osons ne pas honorer nos parents, quoiqu'ils nous aient fait. Le formidable effet de cette morale pesante sur les anciens enfants maltraités devrait être flagrant. Quiconque a été battu dans son enfance est en proie à la peur, et quiconque a manqué d'amour dans ses jeunes années aspirera, parfois sa vie durant, à en trouver. Conjuguée à la peur, cette aspiration qui renferme une multitude d'attentes, constitue le terreau où vient s'enraciner l'emprise du quatrième commandement. Cette injonction représente le pouvoir de l'adulte sur l'enfant, qui se reflète, à l'évidence dans toutes les religions⁵⁹ ».

Alice Miller, par une étude de l'enfance d'Adolf Hitler puis de Saddam Hussein, confirme par des références biographiques, le rapport qui peut être fait entre maltraitance et dictature⁶⁰.

L'excès ou l'abus de pouvoir, juridiquement rattaché à la puissance paternelle héritée des extrémismes du droit romain fut également dénoncé dès le code civil par les tenants des pays de coutume (coutume de Senlis). Le recueil Fenet⁶¹ rapporte le fruit des discussions contradictoires visant à en limiter les effets : « *Quelque confiance que méritent les pères, la loi ne doit cependant pas être basée sur la fausse supposition que tous sont également bons et vertueux ; la loi doit tenir la balance avec équité, et le législateur ne doit pas oublier que les lois dures préparent souvent les révolutions des Etats* ».

L'injonction est tellement entrée dans les mœurs qu'elle fonctionne comme un non-dit qui s'insinue sournoisement jusque dans les vœux de paix familiale les plus anodins. Elle peut être reçue comme un ordre de silence assené à l'enfant fauteur de troubles. A juste titre, un enfant en danger trop sage inquiète. Dans ce silence, que fabrique la vie ? Le deuil, que pourraient faire les enfants abandonnés à l'égard de parents qui ne pourront jamais leur apporter ce dont ils ont besoin, peut aussi être empêché par l'idée a-sociale que les parents sont avant tout biologiques⁶². L'auteur, a dans l'ouvrage précité, pour propos de souligner l'incidence de l'injonction sur la cure thérapeutique ; désignant directement psychologues et psychanalystes elle poursuit : « *L'échec de très nombreuses thérapies s'explique par le fait que beaucoup de thérapeutes restent pris au piège de la morale traditionnelle et, ne connaissant rien d'autre, cherchent à y entraîner leurs clients. Par exemple, tout se passe comme si, lorsqu'une patiente commence à accéder à ses sentiments et devient capable de condamner sans équivoque les agissements d'un père incestueux, cela éveillait chez le thérapeute la peur d'être*

56. La mala educacion, espagnol coul, 2004.

57. L'enfant abusé par les prêtres de son collège devient toxicomane, travesti et vole la maigre retraite de sa mère et de sa tante. Il entraînera son jeune frère et tous les siens dans sa chute.

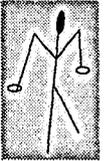
58. « Education qui vise à briser la volonté de l'enfant et par un exercice ouvert ou caché du pouvoir, de la manipulation et du chantage, à en faire un sujet docile ». A Miller, *Notre corps ne ment jamais*, Flammarion, 2004, (traduit de l'allemand par Léa Marcou) p 201, et surtout, *C'est pour ton bien - Racines de la violence dans l'éducation de l'enfant*, Aubié 1984 (traduction Jeanne Etoré) et *L'enfant sous terreur*, Aubier 1986 (traduction Jeanne Etoré).

59. Alice Miller, *Notre corps ne ment jamais*, op cit, p 193.

60. Egalement Post, Jerold, *Leaders and their followers in a dangerous world*, Cornell University press, 2004.

61. P.A. Fenet, recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Tome V, p 519.

62. Pour autant, il convient de ne pas minimiser la portée du nonaccès à son histoire sur le désir ravivé de reprendre ce « bien » intime ; il semble que dans les pays où l'accès est facilité, les demandes diminuent.



puni par ses propres parents s'il osait lui aussi, voir et exprimer sa vérité. Comment expliquer, sinon, que le pardon soit envisagé comme seul remède⁶³ ? »

Pour la juriste que je suis, le pardon est trop lié à la conscience, pour être abandonné aux dispositions d'une loi.

Parmi ces maltraitances, l'une d'elle, signe des temps, sort des silences auxquels cette morale, le tabou ou la sévérité de la sanction pénale les avaient assignés : l'inceste.

Claude Lévi Strauss lui-même, seul auteur, puisque le législateur français ne l'est toujours pas, de la théorie d'une prohibition universelle de l'inceste, annonçait sa possible disparition un jour, quand apparaîtraient d'autres moyens d'assurer la cohésion sociale. Or si la règle culturelle d'échange des femmes dans un impératif d'alliance, ou la supposition naturelle de la nocivité de la relation interdite, sur fond de croyance démentie au tout biologique disparaissent, sur quoi le droit pourra-t-il rationaliser le tabou ? Certes, psychanalystes et psychologues nous ont convaincus de la réalité du préjudice, de la nocivité de la transgression, quand ce n'est de son incurabilité.

Alors, ou l'inceste a disparu et il sera difficile de l'identifier dans les faits, ou le tabou s'est déplacé et le mot demande à être réinterprété, si ce n'est remplacé.

C'est bien toujours au cœur de la notion revisitée de respect, d'autorité dans la société démocratique que vont s'éclairer les causes de la douleur des victimes. Si la victime du scandale n'est plus la société, la famille décomposée réapparaît non plus dans l'atteinte à son honneur, mais au mythe moderne du repli fondateur et protecteur, foyer de paix et de sécurité.

A la justice qui fondait la relation d'honneur à l'égard des parents, s'aggrave le second objectif du droit : protéger, assurer la sécurité des plus faibles. Signe des temps, l'insécurité n'est plus acceptable, la défaillance dans la protection fait scandale. C'est ainsi que la législation pénale aborde le rapport incestueux, tandis que les études scientifiques soulignent le dysfonctionnement familial.

En pervertissant la confiance, en soi et dans les autres, en traumatisant l'identification sexuelle des victimes, en aggravant ces troubles d'une stigmatisation institutionnelle, l'inceste se présente alors comme l'atteinte la plus intime, la plus durable et la plus irréparable.

B. La mauvaise sanction

« *La transmission* » est le dernier titre de cette revue. L'éducatif est plongé dans la complexité des faits, qui sont tout sauf linéaires. Le « A tout âge » de l'article 371, pour un service éducatif, comme pour un juge des enfants, est fait de ces allers et retours qui ne prospèrent que si les reculs ne l'emportent pas sur les maigres victoires.

S'il ne reste de la loi que d'être un instrument de communication, c'est dans ce contexte et non de façon générale qu'il y a lieu de resituer l'obligation de respect, dans la nuance de chaque cas singulier, seule susceptible de dégager du sens, jamais univoque.

Or ce que dégage très spontanément l'observation de la pratique c'est que le respect ne se décrète ni ne se légalise, mais s'acquiert par une pensée de l'autre qui suppose éducation de qualité et maturation par la pratique. Le respect est donc l'objet même de l'éducation. Un enfant respectueux n'est-il pas bien élevé ? Or cette transmission par l'exemple et la pratique suppose quelques ratés.

Le travail éducatif, lorsque le lien parental est abîmé, ne pourra se faire que dans la distance et la continuité ; un éducateur me disait récemment, à la découverte de l'article 371⁶⁴ : « *Comment pourrions-nous dire cela à des jeunes avec lesquels le peu qui nous reste réside dans l'éloignement avec leur milieu actuel et l'éloignement parental en particulier ?* »

Ce propos est aussi le pari de rapprocher l'injonction civile de respect de la volonté politique d'introduire la prohibition de l'inceste dans la loi. Il me semble qu'outre les inconvénients d'une pénalisation qui vont être énumérés, l'obligation de respecter ses parents et la pression familiale et son honneur sont responsables du silence dans lequel sont emmurés les enfants victimes, parfois durant plusieurs générations. Par conséquent, il convient de se pencher sur la teneur et la portée des textes induisant (puisqu'ils ne font que cela) la prohibition de l'inceste dans notre législation. On remarquera à cette occasion que lorsque la victime d'inceste est un mineur, il se produit, comme lorsqu'il est auteur, un rapprochement nécessaire entre le droit civil et le droit pénal. Il y a là une dimension relationnelle essentielle qui demande à penser la sanction autrement qu'en termes de rupture.

1. La sanction civile de l'inceste

Dans la loi civile, il n'est d'incestueux que le mariage et l'enfant qui est issu d'un inceste défini à partir de celui-ci. Ainsi, la loi pose un certain nombre d'interdits de se marier. Lors de la rédaction des textes, les

63. A Miller, op. cit, p 195.

64. Ces jeunes ne lisent heureusement pas le code civil !

65. La notoriété est la condition de sanction de l'inceste dans la loi pénale Italienne.

66. Paul Bensussan, *Inceste, Le piège du soupçon*, Belfond 1999.

67. En dehors de Edgard Morin précité ou de Jean Cocteau.

68. Sujet d'actualité au moment de l'écriture de cet ouvrage.

69. D'une durée de vingt ans dans le projet Estrosi n° 1896 enregistré à l'Assemblée Nationale le 4 novembre 2004. Le délai de prescription y est de vingt ans et débute à la majorité de l'enfant.

69. En ce qu'il laisse à la pratique le soin de traiter de l'opportunité de poursuivre celles des malades mentaux valides, comme celle des mineurs avant quinze ans.

70. Alors que la loi civile s'obstine à ne traiter l'inceste que dans le cadre de l'interdit au mariage et partant faudrait-il le croire, les relations sexuelles en dehors de celui-ci.

71. Le rapport de la défenseure des enfants souligne à juste titre la nécessité de ne pas entraver la sexualité naissante des jeunes. Il est à cet égard permis de ne pas instaurer une présomption irréfragable d'absence de consentement afin que certains puissent affirmer leur sexualité et assumer la transgression incestueuse cf infra.

72. Sur la nécessité de l'y insérer, Gilda Nicolau, « L'autorité parentale à l'épreuve », Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade Deschamps, Presses Universitaires de Bordeaux 2004, p141-176.

73. A. Crivillé, op cit.

relations sexuelles ne sont pensées qu'en mariage (et sanctionnées en dehors), évacuant d'un même élan celles des homosexuels et celles des enfants. Ce sont les articles 161 et suivants du code civil qui déterminent les mariages absolument prohibés (entre tous ascendants légitimes ou naturels et alliés dans la même ligne et en ligne collatérale entre frères et sœurs et leurs conjoints même divorcés), de l'inceste relatif, soumis à dispense du président de la république (entre alliés en ligne directe si l'ascendant qui créait l'alliance est décédé, entre beau-frère et belle-sœur, entre oncle et nièce, tante et neveu). Si le traitement de l'inceste par les familles hors mariage, permet à l'interprète de produire des analogies souhaitables en l'état actuel des mœurs, il serait opportun de redéfinir l'interdiction d'avoir des relations sexuelles avec les enfants de son compagnon ou conjoint en dehors du mariage ; autrement dit de fonder sur la filiation et non le mariage les éléments d'un interdit. Il apparaît notamment qu'après un premier échec, la famille recomposée ne se reconstitue pas toujours dans le mariage. On peut alors distinguer l'inceste lié à un lien de filiation de l'abus d'autorité du beau-père/non père. Loin d'imaginer qu'il y ait davantage de parâtres ou de marâtres abusifs hors mariage que dedans, cette situation est génératrice d'inégalité entre les enfants. En effet, l'enfant de l'inceste est juridiquement privé du droit d'établir et donc de rendre notoire⁶⁵, le lien incestueux à l'égard du second parent, généralement le père. Ceci n'est pas impossible, en revanche, lorsque ce père /grand-père est l'ascendant non marié de la mère. Effet inattendu de l'inégalité, c'est l'interdit social qui le poussera alors à ne pas établir de lien du tout.

C'est donc en premier lieu, en droit civil, que devrait se travailler la pédagogie de l'interdit et le droit de l'enfant à la vérité de son histoire. C'est bien en assistance éducative que l'enfant en danger d'inceste sera suivi, et la notion connue de climat d'inceste⁶⁶ gagnerait à ce que l'on dégage la sexualisation adulte du conflit parental (enfant en otage, parent accusateur et leur responsabilisation à cet égard) du viol incestueux.

Présentant un effet d'affichage, au mépris de tous les effets pervers de la peine privative de liberté sur la libération de la parole des victimes, le projet Estrosi n'entre même pas dans la comparaison culturelle européenne opérée par les travaux du Sénat. Il dénonce par ailleurs l'insuffisance institutionnelle des relations entre les juridictions des mineurs et les instances répressives (juridiction d'instruction, cour d'assises), lorsque le mineur est victime de viol incestueux. Il empêche alors la nécessaire contamination de la justice des mineurs sur celle des majeurs, qui accuse de plus en plus notre perte culturelle de l'enfance⁶⁷.

2. L'inceste pénal

La volonté politique d'introduire la prohibition de l'inceste dans la loi pénale⁶⁸, (en l'assortissant d'une peine très longue) privilégie sa portée symbolique sur la reconnaissance de l'enfant en tant que victime, comme le trouble moral et social, aux méfaits généralement constatés de la procédure pénale sur la victime et sa famille.

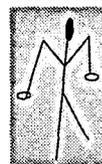
Mêlé au viol et aux agressions sexuelles dont il ne constitue qu'une aggravation, l'inceste n'est actuellement en France un élément constitutif d'infraction pénale que chez les mineurs de quinze à dix-huit ans « consentants ». Si l'introduction du critère du consentement peu adapté au domaine des relations sexuelles⁶⁹ a le mérite d'induire une liberté sexuelle dans les relations consenties⁷⁰, il faut garder une grande suspicion à l'égard du consentement « donné » à des relations sexuelles, à tout âge, lorsqu'elles sont incestueuses. Le code actuel exige néanmoins que soient recherchées pour qualifier le viol, les circonstances de violence, contrainte, menace ou surprise (art 222-23 CP).

L'abus d'autorité, ou des relations affectives, de la dépendance, l'abus de la promiscuité aussi qui interdit la distance suffisante à l'édification et à la reconnaissance de l'altérité rendent la liberté du consentement peu probable. C'est pourquoi, un interdit de l'inceste devrait évacuer la question de la preuve du consentement dans des cas qui restent à délimiter, pour la restaurer dans tous les autres et à tout âge⁷¹.

Sans nier, bien au contraire, une nécessité contemporaine de légiférer sur une prohibition universelle qui ne figure pas nommément dans la loi⁷², il faudrait commencer par rendre automatiques et institutionnels les liens entre la procédure d'assistance éducative et le procès d'assises, alors que c'est la procédure d'assises elle-même, largement médiatisée, qui place l'enfant victime dans une situation de danger.

Le procès en assises rejoue le sacrifice de la victime à l'ordre social et sa morale sexuelle. Cela tout particulièrement lorsque « majeure sexuellement », elle doit in fine démontrer, les rapports sexuels établis, qu'elle n'était pas consentante. Une présomption simple d'absence de consentement qui ne tomberait que devant des preuves irréfutables ou un aveu de la victime pourrait modifier ce raisonnement pernicieux.

Ce seront en outre : interrogatoires répétés de l'enfant, sur-valorisation d'un moment négatif de sa vie, risque psychologique lorsque l'agresseur est acquitté, consolidation de la complicité du couple contre l'enfant, culpabilité vis-à-vis du reste de la famille⁷³. Certes, la sensibilisation des acteurs à ces inconvénients pourrait en faire



davantage une question de pratiques, qu'une incrimination adressée aux textes actuels. C'est ainsi que la défenseure des enfants mesure la prudence que requiert l'imminence des effets pervers d'un tel projet⁷⁴.

Cependant, la confusion de l'inceste avec une violence sexuelle quelle qu'en soit la forme et l'intensité dommageable, masque, lorsque les deux comportements sont associés, la spécificité des préjudices causés à la victime, comme sa dimension familiale. De plus, elle limite la portée communicationnelle de la loi, en confinant à la violence prouvée la transgression de l'interdit. Aussi, afin de ne pas absorber l'inceste comme c'est le cas dans le viol, mieux vaudrait à l'instar d'autres pays, en faire une infraction spécifique, et déplacer la violence au rang de circonstances aggravantes, seules sanctionnées par la prison.

Alors que l'agression provoque des troubles de l'intégrité physique et psychique, l'inceste entraîne des traumatismes d'autant plus insidieux, qu'ils peuvent ne lui être rattachés que longtemps après leur apparition. Selon une avocate⁷⁵, quatre facteurs sont à l'origine de ces traumatismes : « *La sexualisation traumatisante, la trahison, l'impuissance et la stigmatisation* ». Elle y associe les troubles suivants : « A. l'impuissance : symptômes de dépression et problèmes somatiques, à la stigmatisation tendance à l'autodestruction, automutilation, abus d'alcool et de drogues, image de soi négative, culpabilité, honte, à l'égard de la trahison, problèmes interpersonnels multiples (relations intimes avec les hommes difficiles, haine, méfiance, hostilité, acceptation d'une relation oppressive avec son partenaire, problèmes sexuels).

Or on peut observer de telles manifestations traumatisantes dans d'autres situations que l'inceste telles que les maltraitances graves ; d'autre part, la sexualisation traumatisante et l'impuissance toucheraient plus particulièrement les enfants et lorsqu'il y a violence, mais également lorsque cette violence s'adresse à l'autre parent notamment la mère ou à des frères et sœurs aînés⁷⁶.

Quant à la trahison, elle est au cœur du manquement au devoir d'autorité et d'éducation au respect. Elle est la transgression de la limite, lorsqu'elle a été transmise⁷⁷, le point achevé de la culpabilisation de la victime lors de la stigmatisation par le procès.

Je remercie mon amie Marie-Pierre Hourcade de m'avoir sensibilisée à ce traumatisme qui dépend de nous : la stigmatisation. Avoir partagé son expérience de juge des enfants en Nouvelle Calédonie⁷⁸, puis à Paris, me conduit à réviser un penchant d'universitaire, qui privilégierait la sanction symbolique (et donc pénale) sur les enjeux familiaux et vitaux. Or si « *la résilience* » occupe aujourd'hui les devants de la scène

médiatique, c'est bien dans le secret de la pratique et de la vie quotidienne, qu'elle peut advenir, parfois.

Or sur les enjeux familiaux également, l'autonomisation de la procédure de sanction de l'inceste en l'absence de violences (critère préférable au consentement) est propre à diminuer la propagation du dommage : impasse psychologique pour l'enfant et dysfonctionnement familial, séparation de longue durée rendant plus improbable un travail sur les liens qu'une procédure d'assistance éducative.

Outre la délimitation des personnes punissables, c'est davantage de l'attachement latin à la peine privative de liberté, qu'à la qualification pénale de l'interdit, que ressortent silences des victimes et réticences aux poursuites. Le suivi des victimes comme des auteurs est laissé aux associations et aux services de soins en prison alors que la fonction de la peine en dépend grandement.

Outre la honte personnelle et familiale liée à la révélation de tels faits, la pression affective et autoritaire est forte lorsqu'il s'agit d'envoyer un de ses auteurs en prison ; comme si le silence constituait l'ultime manifestation de l'application de l'article 371. Lorsque l'autre parent ne dénonce pas, ne voit pas, et même si le magistrat et les services sont convaincus de la complicité entre parents, de la surdité de la famille, prise dans l'état de son dysfonctionnement structurel, ils privent rarement l'enfant de son second modèle de référence⁷⁹. La plupart du temps, à défaut de culpabilité avérée (instigation, complicité), l'article 223-6 sur l'omission de porter secours et l'entrave aux mesures d'assistance ou bien l'abandon d'enfant mineur ne trouvent pas à s'appliquer à la mère⁸⁰.

La portée symbolique qu'attache la pénalisation des comportements à la condamnation publique de l'inceste s'oppose donc à la portée pragmatique de la protection de la victime et de la réparation des liens actuels ou à venir au sein ou en dehors de la famille. De plus, lorsque ce sont les repères juridiques et sociaux qui sont très carencés dans la famille, il y a tout lieu de croire qu'elle ne sera pas utile.

Il semble donc, et bien que l'obligation de soins soit une atteinte grave aux droits des personnes, que la proposition d'injonction thérapeutique soit le seul moyen de maintenir ces pratiques de sauvetage du lien familial. Il faudrait en cas d'infraction établie, la rendre obligatoire, en l'assortissant de garanties pour les justiciables⁸¹.

Bien entendu, en présence de faits difficiles à établir, ne serait-ce que du fait du silence de la victime, c'est en assistance éducative qu'une proposition de suivi thérapeutique devra être faite. C'est déjà le cas bien que les services soient rares et supposent une prise

74. Avis de la Défenseure des Enfants sur les propositions de loi visant à réprimer le crime d'inceste et les violences sexuelles sur mineurs, citant notamment le rapport de la commission Viout.

75. Maître Indragandhi Bala-soupamaniane, « *La répression de l'inceste* », <http://www.barreau.qc.ca/journal/vol3/n°8/droit-compare.html>

76. On se référera à nouveau au film de Pedro Almodovar précité, où c'est le jeune frère de la victime qui subit par ricochet les conséquences des abus d'autorité sur le frère décédé.

77. Lorsque la famille entière est sans repères, elle ne peut pas les transmettre.

78. Gilda Nicolau, *Le cabinet FI 117 20e sud, approche ethnométhodologique des pratiques d'un juge des enfants*, Ethnologies en herbe, 1996, Introduction.

79. Albert Crivillé et al, *L'inceste : comprendre pour intervenir*, Dunod, 1996.

80. Une seule substitution de qualification d'abandon moral à celle de non assistance à personne en danger fut retenue à l'encontre de parents poursuivis de faits d'inceste. Lyon 28 mars 1997 ; RSC 1977 p 636.

81. Cette injonction thérapeutique est actuellement possible dans le cadre du suivi socio-judiciaire de l'article 131-3664 du code pénal issu de la loi du 17 juin 1998. A l'instar des peines de substitution, un accord du justiciable par ailleurs indispensable à la réussite du traitement serait nécessaire.

82. Denis Salas, « *la Nouvelle victime ou la dette sans réponse* », in *Procès Dutroux, penser l'émotion*, sous la direction de Vincent Magos, temps d'arrêt lectures, édité par la coordination de l'aide aux victimes de maltraitance www.chwb.be/maltraitance p 238.

83. Le père qui paye sa fille ou son fils incestés comme des prostitués.

84. On se reportera à l'étude comparée du Sénat, Division des études de législation comparée du service des affaires européennes, « *La répression de l'inceste* », 8 février 2002. Ce travail permet de dégager quatre critères propres à asseoir la sanction de l'inceste, ou d'en poser un pur interdit de principe : la définition, la peine encourue, les auteurs des poursuites, la prescription. On peut y voir l'attachement de certains pays pour des sanctions pénales fortes, d'autres pour la certitude de sanction (poursuites automatiques, ou saisine par tout citoyen, délais de prescription allongés et repoussés à la majorité). Dans le cas contraire (un délai de prescription de six mois), on voit que le critère de la prescription abrégée, en protégeant l'ordre public, exclue la plupart des victimes d'inceste. Dans certains pays (Italie), il est clair que c'est l'atteinte à l'ordre public et non le désordre privé qui fonde l'élément générateur d'infraction. Il apparaît en d'autres termes, lorsque l'inceste est sanctionné pour tous ceux qui participent à sa commission, sans condition d'ascendance ou de devoir protection.

85. En fait, parce que les auteurs présumés ont rarement un regard critique sur leur propre comportement, en droit parce que l'adhésion et l'engagement personnel à des soins se ramènent à un chantage au placement.

86. Art 15 du code criminel canadien : « *Commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père, sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils, ou sa petite fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne* ».

en charge financière. Cette approche, conjuguée à l'expérience de la recherche d'adhésion dans ces juridictions, est celle qui se marie le mieux à la demande de soins, vécue comme nécessaire.

Plaideur convainquant en faveur de la justice réparatrice (peut être vaut-il mieux dire restauratrice), Denis Salas met au cœur du lien social, sa construction de sens.

« *Dans tous les lieux collectifs qui ont besoin d'une grammaire des relations morales (famille école, quartier), une sanction « sèche » n'a pas grand sens. Pas plus que le strict dédommagement de la victime. Quand les personnes veulent continuer à vivre ensemble, elles ont besoin d'un code commun qui redistribue, par-delà le bien et le mal, l'oubli et la promesse*⁸² ». Entre la sanction hautement symbolique de la loi pénale particulièrement répressive, et la réparation traditionnelle du droit civil prompt à brouiller les comptes rendus⁸³, figure l'assistance éducative et son pouvoir de traitement de la famille toute entière.

Lorsque l'inceste est décelé, ce qui est encore le principal problème, une injonction thérapeutique adressée à la famille (si possible au sens large), sous la menace de sanctions pénales, me paraît à cette heure la solution la plus efficace pour réparer le dommage et restaurer le lien⁸⁴. Ce pouvoir d'ordonner des soins actuellement limité, en assistance éducative, à la personne de l'enfant (art 375-2) se heurte bien sûr à la liberté des parents, lorsqu'il s'abat sur eux, même en matière d'expertise psychiatrique. Le fait que la Cour de Cassation ne sanctionne pas ce chantage au traitement versus décision de retrait de l'enfant, ne saurait fonder, sans intervention législative, une telle atteinte à la liberté. Cette intervention législative pourrait en ce sens résulter d'une proche collaboration, entre les juridictions répressives ayant à connaître de l'infraction d'inceste (Instruction, Cour d'Assises, JAP) et la juridiction des mineurs ; mais d'autre part pourrait envisager la prise en charge thérapeutique de ce que l'on nomme actuellement « climat d'inceste », faute de preuves suffisant à renvoyer ces situations au pénal. La fonction de prévention de la délinquance des juridictions des mineurs, y trouverait sans doute un renfort nécessaire à des adhésions problématiques dans ce cas⁸⁵, et un support pédagogique clair sur l'étendue de l'interdit. C'est pourquoi il conviendrait de poser un interdit général à l'image du Canada⁸⁶ mais qui serait assorti de sanctions proportionnées à l'âge : injonction thérapeutique assortie de mesures d'éloignement à l'égard des ascendants⁸⁷ et du plus âgé lorsqu'une différence d'âge importante existe entre mineurs ; prononcé d'une peine en cas de manquement à cette obligation de soins (d'une admonestation chez un mineur)⁸⁸, ou de violences sexuelles (compétence du juge

d'instruction ou du juge des enfants selon l'âge de l'auteur). Dans tous les cas, la portée éducative de l'interdit devrait être étendue à toutes les personnes impliquées, à l'instar de la règle érigeant la prostitution des mineurs en infraction. Il faudrait, suivant M. Badinter⁸⁹, considérer que l'inceste est pour un mineur systématiquement un danger, en connaissance de ses effets à retardement⁹⁰.

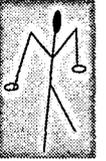
En effet, les enfants vivant dans un climat d'inceste peuvent aller « bien ». Il ne fait pourtant de doute pour personne que l'allongement des prescriptions et le report à la majorité de leur point de départ sont la condition sine qua non de leur manifestation. Avec le temps cependant, l'intérêt familial, comme celui de la conservation des preuves, rendent contestable l'opportunité d'une règle d'imprescriptibilité qui présente en outre l'inconvénient stigmatisant d'en faire l'équivalent d'un crime contre l'humanité.

Ainsi que le qualifie justement Denis Salas, il s'agit plutôt d'un « crime généalogique », où le déshonneur du XIX^e siècle, devient poison familial. On peut alors se demander si, tant que la peine privative de liberté demeure la seule réponse au scandale, qui du fait même de sa présence ne s'autorise pas à éclater, il n'y a pas deux sortes de victimes. La première, portée par les associations de victimes, les avocats spécialisés dans la protection de l'enfance, les magistrats sensibilisés au paradoxe du lien destructeur peut sortir rapidement de l'ombre familiale où le rôle de protection et d'interdit du groupe élargi à l'égard des parents est inexistant ou pathologique⁹¹. Il revient alors à l'Etat d'exercer la fonction de protection que la famille ne joue pas. La seconde regrouperait les victimes de l'ancienne génération, dont l'accès à la parole et à la prise de conscience de leur identité de victime seraient restés enfermés dans une interprétation totalitaire et pauvre de la notion de respect.

Si les mesures proposées par ce texte s'adressent davantage (mais pas exclusivement) au premières, toutes les victimes actuelles et potentielles obligent à repenser profondément un devoir qui n'a rien d'unilatéral. Le suivi socio-judiciaire comme l'indication thérapeutique resterons alors tributaires de leur réussite, mais l'opposition parfois faussée entre auteurs et victimes porte à penser qu'ils auraient tous à y gagner.

Il demeure que de telles propositions sont assujetties aux moyens offerts à leur application, et qu'en ce sens, la position de la défense des enfants, dans son avis de juin 2005⁹², de laisser à l'amélioration des pratiques le mérite d'éviter un brouillage des pistes a de quoi convaincre.

Il demeure que la prévention est en amont de la pratique et consiste à rappeler



clairement la règle commune dans un domaine où l'acte est aussi nié par la famille que la victime réifiée. Sans doute cette crise de sens passe-t-elle avant tout par un effort de communication. La loi, civile notamment, n'en est-elle pas le vecteur normatif essentiel ?

De même, lorsque tout lien est irrémédiablement détruit, le retrait total ou partiel⁹³ de l'autorité parentale, prévu par la plupart des pays européens à titre de sanction de l'inceste, permettra enfin aux enfants d'exercer leur droit d'honorer et respecter ceux qui prendront leur place, mais surtout, de nouer sans peur et librement ces autres liens affectifs que le droit ne connaît pas. La communication porterait alors sur l'interprétation a contrario de l'article 371 et la liberté retrouvée de l'obligation de respect en cas d'inceste.

Demeurerait finalement la question d'étendre la prohibition à d'autres liens d'autorité liés à l'univers familial, sans lien de filiation juridiquement établi : inceste du concubin homosexuel, du concubin recomposé, abus de confiance de l'ami, du fils

aîné de l'assistante maternelle, du professeur de gymnastique... Le problème de la frontière finit sans doute par faire oublier que l'obligation de respect s'adresse à tous, et que la loi sanctionne déjà de manière moins symbolique mais tout aussi efficace. Libre ensuite au juge imaginatif de recourir à la notion d'abus d'autorité, d'intimité, ou de confiance légitime, lorsque nous serons plus au clair sur les ingrédients du rapport d'autorité.

Des acteurs du groupe de travail « *Les Euménides*⁹⁴ », de Thierry Baranger dans sa pratique de préservation du lien sans déni des réalités⁹⁵, de Denis Salas dans son combat inlassable pour la justice restauratrice, de Marie-Pierre Hourcade soucieuse de préserver l'intimité des justiciables, tous convaincus de leur pouvoir d'évoluer, j'ai appris que la solution radicale n'est jamais la bonne. Le droit est l'art du bon et du juste.

De même qu'il n'y a pas plus généreux d'amour de respect et d'honneur qu'un enfant, il n'y a pas moins jugeant qu'un magistrat qui sert la justice⁹⁶. ■

87. Comme en Allemagne, cf. Sénat, Division des études de législation comparée du service des affaires européennes, « *La répression de l'inceste* », 8 février 2002, p 5.

88. Qui je le rappelle existe déjà pour le mineur art 375-3 al2.

89. Et la proposition Viout op.cit.

90. Le danger justifiant une intervention judiciaire doit en général être grave et imminent. Cet automatisme devrait avoir un effet dissuasif et responsabilisant sur des parents affabulateurs devant les juges aux affaires familiales.

91. Les adultes et l'honneur familial sont préférés à l'intérêt de l'enfant.

92. Avis sur la réponse pénale aux actes sexuels imposés aux enfants.

Sur <http://www.defenseurdesenfants.fr/defens/avis.htm>

93. Remplaçant depuis la loi du 5 juillet 1996, la déchéance : art 378 et ss du code civil.

94. Groupe de travail constitué à l'initiative de Sylvie Perdrille, et mettant en présence des magistrats (dont deux se sont succédés auprès de la défenseure des enfants), présidents d'assises et juges des enfants et des chercheurs (LACRIJ, université Paris 7, CNRS, ENM) sur la question de la place des victimes dans la justice.

Je tiens à remercier particulièrement Muriel Eglin.

95. Sur les besoins de séparation et dans un autre domaine, sur la nécessité de réparer le lien social sans présence physique du mineur auteur d'infraction et de sa victime, voir notre ouvrage commun, à paraître.

96. Nathalie Dion, « *Le juge et le désir du juste* », Dalloz 1999, pp 195 et ss.