

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

Spécialité : Droit Privé et sciences criminelles

Par **Mathilde BRIARD**

**AFFECT ET RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE
APPROCHE TECHNIQUE ET PHILOSOPHIQUE**

Sous la direction de : Jean-Marc TRIGEAUD

Soutenue le 30 septembre 2015

Membres du jury :

M. BLANCHARD, Christophe Professeur à l'Université d'Angers, **rapporteur**

M. LECUYER, Hervé Professeur à l'Université de Paris II, Assas, **rapporteur**

M. SAINT PAU, Jean-Christophe Professeur à l'Université de Bordeaux,
Doyen de la faculté de droit, président du jury

M. TRIGEAUD Jean-Marc Professeur à l'Université de Bordeaux, **directeur**

Remerciements

Chacun de ceux que j'ai pu *tutoyer* a contribué plus largement qu'il ne le pense à cette thèse.

Je remercie donc mes proches, qui ont compris mes choix, et qui, par leur présence, m'ont permis de les vivre pleinement.

Je remercie mes amis, qui ont su m'encourager avec la délicatesse, la patience et l'humour qui les caractérisent, ainsi que ceux de mes amis qui m'ont précédée en thèse, et dont la bienveillance fraternelle a été précieuse.

Je remercie les professeurs et les étudiants qui, par leur confiance accordée en séance de travaux dirigés, m'ont invitée à des questionnements dont cette thèse s'est nourrie.

Je remercie les professionnels qui ont bien voulu m'accorder un peu de leur temps pour m'éclairer sur certains aspects de médecine et de psychiatrie nécessaires à ce travail.

Je remercie enfin Monsieur le professeur Jean-Marc Trigeaud, qui m'a donné, avec générosité et humanité, la possibilité de mener cette recherche, et d'y trouver surtout une voie d'épanouissement.

Liste des principales abréviations

Ass. pl.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
APD	Archive de philosophie du droit
B.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cf.	<i>Confer</i>
Cons. Constit	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Chambre mixte
Ch. réunies	Chambres réunies
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Comp.	Comparer
Contra	Contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz Hebdomadaire
DP	Dalloz Périodique
Dr. et patr.	Droit et Patrimoine
Dr. Fam.	Droit de la Famille
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JCP	Semaine juridique
J.-Cl.	JurisClasseur
JO	Journal Officiel
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
Op.cit	Opus cité
RSC	Revue de Science Criminelle
RTD civ.	Revue Trimestrielle de droit civil
s.	Suivant
Supra	Ci-dessus

Avertissements

La lecture des seuls passages en gras constitue une forme de résumé des analyses présentées. En les suivant, il devrait être possible de suivre la trame de cette thèse. Ce choix formel a été adopté dans l'idée de faciliter la lecture de chacun des développements.

Ces passages ne sont pas ainsi des intitulés de paragraphes, ni nécessairement les points les plus importants de chaque démonstration. Ils n'en sont que le fil conducteur minimum. Les paragraphes de transition, ainsi que certains chapeaux n'en sont pas toujours pourvus, dans la mesure où les articulations qu'ils proposent sont reprises dans les développements eux-mêmes.

Sommaire

Première partie. L'affect moteur de la responsabilité dans la famille

Titre 1. Implication de l'affect dans la responsabilité familiale

Chapitre 1. Potentialité de l'affect dans la responsabilité familiale

Chapitre 2. Actualité de l'affect dans la responsabilité familiale

Titre 2. Efficience de l'affect dans la responsabilité familiale

Chapitre 1. La responsabilité familiale comme engagement

Chapitre 2. La responsabilité familiale comme réponse

Seconde partie. L'affect perturbateur de la responsabilité dans la famille

Titre 1. Dérèglements de l'affect et de la responsabilité dans la famille

Chapitre 1. Responsabilité dans les violences familiales et banalisation de l'affect

Chapitre 2. Responsabilité dans les crimes passionnels et caractère exorbitant de l'affect

Titre 2. Régulations de la responsabilité par l'affect dans la famille

Chapitre 1. Pour une définition réaliste de l'élément affectif

Chapitre 2. Pour une définition personnaliste de l'élément affectif

INTRODUCTION

1. « Le juriste, opérant sur les passions humaines, en ayant appris, par l'examen des procès, les finales et douloureuses issues, doit s'efforcer de remonter aux causes des catastrophes, (...) »¹. Ce projet qu'a poursuivi le Doyen René Savatier de comprendre la façon dont le droit pouvait être en relation avec l'amour et la liberté, ne saurait être considéré comme achevé une fois pour toute, ne serait-ce que parce que cette étude date d'une époque en de nombreux aspects révolue, mais aussi parce que l'étude des affects humains semble inépuisable. Dans la responsabilité qui s'exerce en famille, leur complexité est particulièrement sensible.

2. Les risques sont grands lorsque l'on s'essaye à l'étude de l'élément affectif, fût-il analysé là où personne ne puisse douter qu'il existât ordinairement, dans le cadre des relations familiales². En droit, mais peut-être plus généralement dans toute discipline soucieuse d'établir sa scientificité, les affects, les sentiments tels qu'ils sont vécus, peuvent aisément être rejetés dans le domaine du mythe, dès lors que, comme Mircea Eliade l'avait noté, sont considérés comme irréalité tous les aspects du monde qui restent incompréhensibles pour l'homme³.

Soit que l'on estime alors avec une noble déférence que cet inestimable mystère de l'affection humaine ne peut qu'être partiellement élucidé par les romanciers, et les poètes⁴,

¹ René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, L.G.D.J., Paris, 1937, p.2.

² *Ibid.* « Grave entreprise, et si difficile, à cause de la différence des langages ! La tenter n'est-elle pas, malgré tout, une nécessité de notre temps ? Jamais, en effet, Cupidon n'a conduit aussi souvent qu'aujourd'hui à Thémis ! », indique Savatier en 1937, dès l'avertissement de son ouvrage, mais qui pourrait tout aussi bien être transposé aujourd'hui. Plus loin, il explique : « Car les rapports de famille et d'amour ont été considérés par le législateur moderne, comme peut-être par celui de tous les temps, sous l'angle d'une mystique a priori, bien plutôt que sous celui de l'expérience juridique et sociale », p. 3.

³ Mircea ELIADE, *Aspects du Mythe*, La Flèche, Gallimard, 1963, 250 p. Voir spécialement le premier chapitre.

⁴ Parmi les romanciers, qui sont nombreux à pouvoir trouver place ici, on peut au moins citer Racine, Corneille, Flaubert, Dostoïevski, Stendhal, Gide, Morgan, Bourget, Montherland ou Yourcenar. Quant aux poètes, tous composent à partir d'une palette affective. Dans la mouvance qui rejette ainsi l'affect, il faut encore distinguer les formes de respect d'un inaccessible constitué par cet élément affectif dans l'homme, de formes

soit que l'on choisisse de méconnaître parfaitement les ressources véritablement scientifiques d'un vécu affectif qui n'est plus, dans cette vue, en mesure d'être autre chose qu'une sensation⁵, les postures dominantes qui sont adoptées à l'égard de cet élément sont toujours empreintes de méfiance. Il y a donc bien un risque à tourner son regard vers ce voile de Tanit, et à postuler encore qu'il n'est pas un obstacle à la raison et au jugement.

3. Ces risques semblent néanmoins devoir être courus en droit, puisque, comme science humaine normative, il se préoccupe bien de réguler les relations qu'entretiennent entre elles les personnes et qui peuvent être plus ou moins colorées par l'affection. Ce faisant, il se préoccupe aussi de voir ce qui, dans cet élément affectif, peut contenir déjà une norme, ou plutôt il se préoccupe d'en tirer les conséquences *justes*, comme s'il devait s'adapter à un « droit spontané »⁶.

C'est sans doute d'ailleurs cette nécessité qui a poussé plusieurs juristes sur cette route aventureuse. Des auteurs ont ainsi déjà considéré que l'affect pouvait avoir une valeur pour l'analyse de données juridiques, soit en montrant comment l'affection ou le sentiment pouvait permettre de découvrir la norme, soit en exposant plus précisément la façon dont les formes de l'affection étaient légalement encadrées, et notamment la manière dont ces formes influençaient le droit lorsqu'il avait l'ambition de s'appliquer à elles. De l'injustice, dont la

bien plus développées actuellement de respect d'un inaccessible de l'homme en tant que cet élément est le summum de son individualité. Une forme d'idéalisme conduirait ainsi à dire que les cœurs sont fondamentalement inconnaisables, mais qu'il y aurait une connaissance à en tirer, si elle était accessible. On pense à l'idéalisme transcendantal kantien notamment, mais on peut également renvoyer aux craintes, qui sont d'ailleurs souvent légitimes, d'un Etat trop envahissant, voire « totalitarisant », s'il se penchait sur les affections. C'est ici un mouvement tout à fait contemporain, qui trouve ses racines dans les philosophies anglo-saxonnes du libéralisme, elles même issues de l'idéalisme (Humboldt dans son *Essai sur les limites de l'action de l'Etat* en est un exemple connu), et qui veut que l'affect, et même la famille relève du droit à la vie privée, parce que cette vie privée est intimité. Il n'y a qu'à regarder ici la Convention européenne des droits de l'homme qui regroupe sous le même article 8 la protection de la vie privée et familiale, et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a sur ce point une tendance très nette à favoriser l'absorption cette notion de vie familiale par celle de vie privée. Mais encore, sur cette première tendance identifiée, il faut relever une ambiguïté assez profonde de la pensée puisque cette privatisation de l'élément affectif en tant qu'il est considéré comme une expression de l'intime liberté, comme une expérience intérieure qui est un droit pour tous, est concomitante d'une intervention de l'Etat plus marquée que jamais sur les modes « normaux » de la vie familiale. Les autorités publiques s'enquièrent désormais de sanctionner les situations de violences intrafamiliales dès lors qu'elles sont révélées, ou même à les révéler par le biais d'enquêtes sociales. Même en dehors de toute sanction pénale, les dispositifs de surveillance éducative sont bien là pour réguler une situation qui paraît anormale, pathologique. Il faut ajouter que la supériorité du droit sur l'Etat est une donnée qui ne peut être effacée ici puisque l'on réduit assez facilement les hypothèses que nous venons d'exposer à une opposition entre l'Etat et l'individu, alors qu'il s'agit au fond bien davantage d'une action du droit, de la norme, sur ce qui est une expérience de la personne et des personnes entre elles.

⁵ Les philosophies occidentales et indiennes sont marquées par cette même défiance à l'égard des sentiments et/ou des émotions (les notions ne sont pas toujours distinguées) qui sont des entraves à l'exercice libre de la raison, et à la découverte de la vérité. Cf. par exemple: Joerg TUSKE, "The Concept of Emotion in Classical Indian Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, spring 2011 Edition, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/concept-emotion-india/>.

⁶ Pascale DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, 477 p.

définition primait chez Aristote, aux sentiments moraux, qui perçoivent cette injustice, d'Adam Smith⁷, à ce que l'on a dénoncé comme relevant d'un « romantisme juridique »⁸, ou aux sentiments de justice et de socialité de Léon Duguit⁹, en passant par les nombreux penseurs slaves¹⁰ qui ont démontré comment l'émotion pouvait être un moyen d'accéder à la norme, et par la thèse de Jacqueline et Alain Pousson¹¹, le chemin qui va de l'élément affectif au droit, aussi périlleux soit-il, est un sentier qui a en vérité déjà été foulé à de nombreuses reprises. L'idée selon laquelle l'élément affectif est un « sous-jacent », qui exerce une remontée plus ou moins pressante vers la surface positive, créant sur l'onde des remous qui peuvent à l'occasion se faire tempête, y est assez généralement dominante, si tant est que l'on puisse, dans un aussi riche et vaste panel déceler quelques similitudes. Et s'il n'est pas dans ces vues dépourvu d'objectivité, ou s'il peut du moins s'exprimer en dehors du sujet qui le sent, ce qui constitue un préalable indispensable à la considération d'un affect axiologique, il n'en demeure pas moins pourtant un élément qui permet d'aller vers la valeur, sans être nécessairement lui-même porteur de valeur.

4. De la confrontation de la science juridique et de l'élément affectif naissent des systèmes dans lesquels l'affect est bien un moyen de découvrir ce qui est juste, ou d'adapter ce qui est juste, sans que l'on se penche vraiment sur la question de savoir s'il peut être lui-même juste.

Ou plus exactement, si cette interrogation a pu faire naître quelque intérêt, c'est plutôt en tant qu'elle pouvait conduire à un relativisme positiviste de chaque instant. Dans cette perspective, qui est celle dominante aujourd'hui, il est bel et bien nécessaire que le droit s'adapte à la valeur de l'affect que chaque « individu » lui donne, mais ce « bien » qui est intrinsèque à l'affection que se portent les hommes n'est plus une véritable valeur ; il est un méandre de la volonté personnelle qui confine tout au plus à faire prévaloir son égoïsme sur

⁷ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Lonrai, PUF, Quadriges, février 2007, [1759], 454 p.

⁸ Cf. la controverse qu'avait suscitée l'ouvrage de Julien BONNECASE, *La philosophie du code Napoléon appliqué au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain*, compléter note et retrouver ouvrage sur le romantisme juridique.

⁹ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, comp. Jean-Marc TRIGEAUD, « L'argument anti-subjectiviste de Duguit et la philosophie du droit moderne », intervention au Colloque « Atour de Léon Duguit », Université Montesquieu Bordeaux IV, 29-30 mai 2009. Voir aussi Pascale DEUMIER, thèse précitée.

¹⁰ Cf. Christophe GRZEGORCZYK., *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXV, L.G.D.J, 1982, 282 p. ; Leon PETRAZYCKI, *Law and Morality*, H-W. Babb (trad.), Cambridge, Harvard University Press, 1955, 335 p. ; pour une présentation générale voir aussi Aymeric D'ALTON, « La place de l'émotion dans la structure objective du droit », Revue Thèmes, IV, 2012, mis en ligne le 3 mai 2012, www.philosophiedudroit.org

¹¹ Jacqueline et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Editions du C.N.R.S, 1991, 411 p.

l'autre. Ce postulat majoritaire a ainsi fait d'un sentiment essentiellement altruiste un instinct égoïste, que le droit contemporain devrait favoriser, et tout particulièrement dans la famille, au nom des libertés et des droits fondamentaux. Loin de considérer que l'élément affectif devrait en droit museler la liberté et couler dans un marbre bien froid les relations de personnes, l'un des objets de notre étude est bien de montrer que l'affect n'est pas ce à quoi les théories du droit tentent de le réduire. Il n'est pas un alibi à tout comportement immodéré, ni un élément de la négociation interpersonnelle avec laquelle chacun s'arrange au grès de l'indemnisation que lui permettent ses moyens financiers. La responsabilité qui est engagée en son nom, ou en son honneur, a, c'est notre hypothèse, une valeur bien différente.

5. Dans d'autres champs du droit, l'affection a pu, sans que personne ne remette en cause la légitimité de son étude, soutenir valablement un certain nombre de raisonnements. *L'affectio societatis* joue ainsi en droit des sociétés un rôle que nul ne lui dénie, et qui n'est pas perçu comme instrument de dérèglement ou de dictature de la personne¹². *L'affectio societatis* est au contraire la notion à laquelle on recourt utilement pour expliquer comment, dans de telles relations d'affaires, c'est le lien concret que l'on observe, de personne à personne, et à travers lequel un certain nombre de règles de droit particulières trouvent à s'expliquer.

Dès lors, on pourra s'étonner que le simple fait de transposer cette notion à la famille la fasse si facilement basculer dans le domaine de ce qui ne saurait intéresser le droit, alors qu'elle y est au contraire un instrument d'observation du rapport concret qui existe dans cette communauté. Qui plus est, c'est le seul instrument qui permette de les observer en y introduisant une réflexion sur la valeur, et donc en faisant émerger le sens axiologique des responsabilités qui y sont retenues. Sans plus avoir besoin de passer par des notions de sociologie criminelle, cet « *affectio familiae* »¹³ ouvre une possibilité proprement juridique d'étude de la situation familiale dans laquelle une responsabilité civile ou pénale intervient. Ce qui peut être significatif dans les rapports d'associés, peut *a fortiori* l'être dans la famille.

¹² Cf. la thèse d'Alain VIANDIER, *La notion d'associé*, Paris, L.G.D.J, 1978, 314 p.

¹³ Si un ouvrage pratique sur l'entreprise familiale a employé ce terme *d'affectio familiae*, ce n'était que pour exposer la nécessité pour ce type d'entreprise fondée et gérée par les membres d'une même famille de fonctionner sur des règles communes, qui devraient être ajoutées à celles qui sont habituellement posées, et qui auraient pour objectif de fixer un certain nombre de valeurs partagées. Nous signalons tout de même cet ouvrage, même s'il s'adresse à un public profane et même s'il ne porte justement que sur l'entreprise familiale, parce qu'il est à notre connaissance le premier à avoir utilisé l'expression que nous lui empruntons en en modifiant quelque peu le sens : Valérie TANDEAU DE MARSAC, *Guide pratique des entreprises familiales*, Eyrolles, 2011, 272 p.

6. **En transposant ce concept, on pourrait considérer que l'affect est un élément directement observable et normatif¹⁴.** Cela n'aurait en vérité rien de nouveau puisque c'est ce qu'ont fait des philosophes relativement nombreux, notamment français, au début du XX^{ème} siècle¹⁵. Cela n'a pas pourtant paru irriguer les travaux juridiques qui ont bien connu à la même époque certains mouvements plus enclins à faire de l'affect un élément observable pour le droit, mais sans jamais lui donner une valeur propre et sans, surtout, en proposer de définition qui puisse lui donner une existence juridique.

Contre ce qu'en a dit Kant¹⁶, dont les positions sont à cet égard connues, qui rejette la possibilité pour tout ce qui relève des sentiments humains de se concilier avec un quelconque devoir, il serait plus juste de suivre le postulat selon lequel non seulement l'élément affectif peut se conformer à une norme, mais encore il peut être lui-même normatif¹⁷. Dès lors que l'on aura admis cette hypothèse, qui doit encore faire l'objet d'une démonstration, l'on pourra aisément voir comment elle peut jouer sur les règles de la responsabilité, lorsque celles-ci s'appliquent aux membres d'une même famille.

L'élément affectif étant un élan vers l'autre ou vers les autres, vers le monde, et la responsabilité impliquant bien cette altérité caractérisée par l'affect, le lien entre ces deux concepts se doit de capter l'attention de qui voudrait les comprendre dans la sphère familiale. Lorsque la responsabilité a la particularité de devoir mettre en présence des personnes liées par des liens de parenté ou d'alliance, l'altérité radicale se mêle à la *familiarité*, elle se teinte d'une couleur affective qu'elle ne retrouve pas ailleurs.

¹⁴ L'affect est non seulement observable directement, mais il est encore connu d'abord par l'affect de celui qui l'observe. « Le sensible a atteint, *le premier*, une réalité impossible à penser, et toute singulière (...) et l'intellect n'a capté qu'en *second* la forme universelle de la réalité », Jean-Marc TRIGEAUD, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bière, Bordeaux, 1995, p. 101.

¹⁵ Antonio ROSMINI, *Philosophie de la politique*, (Plaisance-Léglise trad.), Bibliothèque de philosophie comparée, Bière, Paris, 2000, [1837-1840], 474 p ; Martin BUBER, *Je et Tu*, [*Ich und Du*], Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, Roubaix, 1969, [1923], 154 p ; Maurice NEDONCELLE, *La personne humaine et la nature*, Paris, Aubier, 1943, 153 p ; Emmanuel MOUNIER, *Le personnalisme*, Paris, PUF, 1949, 136 p ; Gabriel MARCEL, *Etre et Avoir*, Paris, Aubier, 1935, 357 p ; Max SCHELER, *La situation de l'homme dans le monde*, Paris, Aubier, éditions Montaigne, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], 1951, 126 p ; voir également la présentation faite par Alexandre ZABALZA dans l'introduction du *Droits de la personnalité*, Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), Paris, LexisNexis, 2013, 1409 p.

¹⁶ KANT, *Métaphysique des Mœurs*, Delbos et Philonenko (trad.), Paris, Vrin, 2004, [1785], 206 p.

¹⁷ Cette idée était déjà développée par Maurice PRADINES notamment, dans son *Traité de psychologie générale*, dans une étude qu'il a consacré aux sentiments moraux, et qui doit elle-même beaucoup aux travaux d'Adam SMITH évidemment, mais aussi à ceux de Max SCHELER, que le professeur de psychologie cite abondamment au fil de ses pages. Il faut d'ores et déjà remarquer que ces auteurs accordent dans leur système une très large place à la notion de sympathie.

7. Cette hypothèse est le fruit d'un travail de définition de l'élément affectif (Section I), laquelle débouche assez directement sur la notion juridique de responsabilité dès lors que l'on vise le champ spécifique des relations familiales (Section II). Les moyens d'investigation employés dans cette recherche sont nécessairement marqués par la particularité de leur objet : celui-ci est à la fois profondément concret et soumis à l'appréciation des juges du fond, et à la fois saillant sous une forme plus abstraite dès lors que la doctrine juridique et la philosophie du droit se confrontent à sa perception en droit de la responsabilité (Section III).

Section I. Délimitation et contenu de l'élément affectif

8. **L'affect est un élément qu'il faut parvenir à définir et à isoler, parce qu'il est confondu avec d'autres**, qui n'ont pourtant pas la même capacité à dégager de nouvelles formes en droit de la responsabilité, lorsqu'elle est appliquée à la famille¹⁸. L'affect pourtant est aussi un élément sur lequel pourront peser les perplexités les plus lourdes. Bien qu'il ne relève du travail introductif que de démontrer justement ce en quoi il est un élément très signifiant, et même déjà signifié, de la valeur de la responsabilité familiale, il est pourtant utile de poser dès à présent les bases d'une définition de travail de l'affect.

Une telle définition postule que l'affect soit différent de ce à quoi il est assimilé dans l'ordre des sentiments, des émotions ou même des sensations (Sous-section I). Une fois les jalons d'une définition posée, se révèle immédiatement la dimension esthétique de l'affect, qui en constitue une sorte de visée, et qui fait de celui qui aime ou qui hait un « héros » (Sous-section II).

¹⁸ L'élément affectif n'est pas nécessairement une cause univoque des façons dont la responsabilité s'exprime dans les rapports familiaux, mais il est sans doute l'une des voies par lesquelles on peut les comprendre.

Sous-section I. DEFINITION DE L’AFFECT COMME ELEMENT ISOLABLE

9. **L’affect est un élément neuf en droit** de la responsabilité, mais ailleurs aussi en ce sens que le terme n’existe pas déjà dans le monde classique. Les équivalents qui en sont proposés sont en fait des réductions¹⁹. En tant que tel, les bases de sa définition se doivent de passer par les rôles qu’il peut éventuellement jouer auprès de la valeur et de la norme (Paragraphe 1), avant de se fixer sur les éventuels critères qui peuvent en être dégagés *a priori* (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Affect et valeur, remarques préliminaires

10. **L’élément affectif joue certainement un rôle dans la découverte, ou la détermination consciente, de la valeur.** C’est ce qu’a montré par exemple Adam Smith avec sa *Théorie des sentiments moraux*, mais aussi Hutcheson²⁰ dans l’influence de Shaftesbury²¹, ou encore bien plus récemment, Louis Lavelle, et ce fût aussi la perspective de tout un courant de la philosophie du droit russe²². Mais au delà de ce rôle qui est plus facilement reconnu à l’affection dans la connaissance de la valeur, grâce notamment aux travaux qui viennent d’être signalés, l’élément affectif est aussi lui-même une valeur.

La vie affective permet en effet d’abord de placer la personne dans une relation avec le monde, la poussant ainsi au-delà de sa seule subjectivité. De cette manière, la vie affective permet le jugement, puisqu’elle conduit à diriger une tendance vers ce qui est bon, ouvrant

¹⁹ La plus notable de ses réductions est celle à la volonté, qui est héritée d’un idéalisme postcartésien.

²⁰ Francis HUTCHESON, *Recherches sur l’origine de nos idées, de la beauté et de la vertu*, Paris, Vrin, 1991, [1725], 288 p.

²¹ Fabienne BRUGERE, *Théorie de l’art et philosophie de la sociabilité selon Shaftesbury*, Paris, Honoré Champion, 1999, 437 p.

²² Par exemple Stéphane LUPASCO, *Du devenir logique et de l’affectivité, Le dualisme antagoniste*, Tome 1, Vrin, Paris, 1973 [1935], 308 p.

ainsi la voie à la découverte de la valeur²³. L'élément affectif est un élément de connaissance.

Mais ensuite, la vie affective peut se confondre avec la valeur elle-même, et devient une vertu par sa seule existence. C'est là un point qui pourra peut-être emporter moins d'adhésion *a priori* que le premier soulevé, mais qui a lui aussi fait l'objet d'importantes études en philosophie. Jankélévitch y consacre un nombre conséquent de pages dans son *Traité des Vertus*, et démontre comment l'amour doit être compris comme une vertu, même indépendamment de l'objet sur lequel il se porte²⁴. Dans cette seconde approche de l'élément affectif, il n'est plus question d'en faire un vecteur de connaissance, mais une valeur « immédiate ». Il a, de lui-même une portée axiologique.

Savoir ce à quoi conduit l'affect, ou bien ce qu'il représente nécessite de poser avant tout une définition de cet élément.

Paragraphe 2. Premiers critères de l'élément affectif

11. L'élément affectif est un élément dynamique et concret²⁵. Il est une certaine « passivité » de la personne face à une autre, propre à permettre une rencontre authentique entre elles. Le contact qu'il induit est une manière de se laisser affecter par un autre déterminé, et de l'affecter, de façon active cette fois-ci, en retour. Il découle donc de ces constats que l'élément affectif comporte un versant passif, lorsqu'un autre « attire » le soi, et puisqu'il faut bien qu'une personne accueille cette attirance qu'un autre lui inspire, et un versant actif, lorsqu'il s'agit d'accréditer et de nourrir cette attirance ou bien lorsqu'il s'agit d'intervenir sur l'autre. L'unité de l'élément affectif, qui naît de cette dualité, est justement ce qui peut susciter une analyse en droit. En effet, c'est parce que l'affect a cette originalité de permettre à la fois de donner une expression à la personne et de protéger les autres personnes

²³ « La vie affective, c'est le déploiement de l'activité et le jugement que l'activité porte sur soi-même, le retentissement du résultat de l'activité sur le sujet. C'est la satisfaction de la tendance ou son insatisfaction ; c'est l'appréciation par le sujet de son état subjectif, de sa relation avec le monde des objets qu'il cherche à conquérir, qu'il s'approprie ou qui se refusent à lui » ; Henri DELACROIX, *Les grandes formes de la vie mentale*, l'Harmattan, Psychanalyse et civilisations, 2008, [1^{ère} éd. Félix Alcan, 1934], 187 p.

²⁴ Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus II : les vertus et l'amour*, Paris, champs essai Flammarion, 1986, Tome 1, 402 p. et Tome 2, 354 p

²⁵ En cela il peut paraître lié à la philosophie d'Henri BERGSON, par exemple lorsqu'il explique RAVAISSON, *La vie et l'œuvre de Ravaisson*, Paris, Quadrige, PUF, 2011, [1904], 96 p.

à laquelle cette expression peut faire face, qu'il peut éclairer le droit de la responsabilité d'une façon nouvelle²⁶.

Mais cette qualité propre, c'est bien l'élément affectif qui la possède, à la différence d'autres notions, tout aussi riche en philosophie, mais moins propres à porter un raisonnement en droit.

12. L'élément affectif est ainsi d'abord moins intérieur et idéal qu'un sentiment, mais plus conscient qu'une émotion.

Le *traité de psychologie générale*, de Maurice Pradines²⁷, établit une série de distinctions, auxquelles il faut prêter la plus grande attention, entre ce qui relève de l'affect, et ce qui est d'un autre ordre. Il est ainsi nécessaire de saisir en quoi l'affect n'est pas le sentiment, ni l'émotion, ni encore moins la sensation, ou la tendance, ou encore la volonté. Toutes ces distinctions sont capitales à l'heure où le langage de l'émotion est à l'honneur, notamment dans les pays anglo-saxons, et où il serait regrettable d'oublier que les écoles émotivistes sont des écoles analytiques²⁸.

L'affect n'est pas ensuite le sentiment dans la mesure où ce dernier est sans doute plus conscient, mais aussi plus intérieur et dépendant du sujet qui le sent²⁹.

L'émotion est quant à elle plus soudaine, plus inconsciente que l'affection, et il en va largement de même pour la sensation, à ceci près que la sensation est plus proche du constat.

²⁶ Si a priori un tel élément affectif relève du « non-droit », pour reprendre l'expression qu'avait employée Jean CARBONNIER, il se fait que « Si, donc, le non-droit est défini, c'est-à-dire posé par le droit, c'est qu'il est encore du droit ! », Simone GOYARD-FABRE, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, Paris, 1972, p. 109. L'auteur ajoute pour préciser cette idée que : « Sartre, à propos d'un tout autre problème [*Esquisse d'une théorie des émotions*, 1938], avait saisi tout le prix de cette distinction du pour-moi et de l'en-soi. Devant la bête féroce qui me menace, je m'évanouis ; la magie de l'émotion est telle que j'anéantis, pour moi, le danger ; mais en-soi, il subsiste bel et bien. Il en va de même ici : l'homme qui dort oublie qu'il est sujet de droit, époux, père, patron, citoyen... Mais le droit veille (...) », p. 110.

²⁷ Maurice PRADINES, *Traité de psychologie générale*, P.U.F, réédition en un volume, Paris, décembre 1986 [1943 ; 1946 ; 1946], vol I : 746 p, vol II : 657 p, vol III : 477 p. En outre Pradines précise également que le sentiment a une fonction régulatrice, dans le sens où il est une réaction à une situation donnée, et où il adapte donc notre conduite à cette situation. Cela vient indéniablement accréditer, s'il en était encore besoin, l'idée selon laquelle l'élément affectif peut être un moyen de découvrir la valeur, ou selon laquelle il est en capacité d'entre lui-même une valeur, tout en répondant au principe de réalité le plus élémentaire, puisqu'il permet la communication de la personne avec une situation. « Le désordre nous a souvent masqué l'ordre, la maladie la santé, la *dénature* la nature. Le sentiment est une régulation naturelle ; il est susceptible de se dérégler ; et l'examen de ces *dérèglements* constitue la part la plus importante d'une étude du sentiment (...) », p.666. Maurice PRADINES affirme tenir cette idée en partie des travaux de Pierre JANET en France.

²⁸ Le thème retenu pour le congrès de philosophie du droit de Washington en 2015 est « Law, Reason, and Emotion », XXVII World Congress of the International Association of the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Washington DC, 27 July-1 august 2015.

²⁹ Il faudrait peut-être ajouter avec Martin BUBER que les sentiments on les « a », tandis que l'amour est un fait qui se « produit ». Le choix fait dans cette étude d'adopter le langage de l'élément affectif vise bien à le distinguer d'une part du sentiment que l'on a, et à le rapprocher davantage de cette catégorie du fait, qui advient dans une situation concrète. Cf. Martin BUBER, *Je et Tu*, [*Ich und Du*], Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, 1969, [1923], Roubaix, p. 47.

Introduction

Remarquons d'ailleurs que c'est souvent de la sensation qu'a été le plus souvent rapproché, voire réduit l'affect, alors qu'il s'en différencie assez sensiblement.

La tendance, s'il est permis de la définir comme un mouvement, qui a sa part d'inné et sa part d'acquis, qui va de la personne à l'autre, a bien un lien avec l'élément affectif parce qu'elle pourrait en faire partie. Elle n'est qu'un aspect de lui, encore qu'incomplet puisqu'il peut apparaître que la tendance ne reflète pas fidèlement l'idée de passivité et d'activité qui s'alliaient dans l'affect.

Les relations qu'entretiennent volonté et affect sont les plus complexes à fixer, et c'est ce qui explique probablement que la confusion soit la plus grande ici. La volonté, pour la définir rapidement, mais simplement à ce stade liminaire de notre raisonnement, réside en une capacité de décision et d'action. Or, dans la mesure où il vient d'être affirmé que l'élément affectif permettait, par la valeur qu'il désigne ou qu'il porte, de prendre cette décision et d'agir en conséquence, il participe à l'acte de volonté. Et on pourrait en tirer qu'il en est une partie. Pourtant, il est aussi plus grand que la volonté. La preuve en est qu'il peut la supplanter, la contrarier, ou au moins la bousculer, de sorte que sous l'impulsion de l'élément affectif, la volonté peut être écartée. La frontière, déjà ailleurs fluctuante, entre ce qui relève du voulu et du non voulu peut devenir franchement incertaine lorsque l'affect fait sentir à la personne qu'elle n'agit pas seulement, ou pas du tout dans les cas les plus extrêmes, d'elle-même. Tout se passe comme si l'élément affectif devait s'interposer entre l'autonomie présumée d'une personne qui n'agit que parce qu'elle le veut et la différence radicale de l'autre. En le considérant, on voit que la décision qui aura été prise ne découle pas que de soi, mais elle est influencée aussi par celui auquel on fait face. Pour allier alors l'affect à la responsabilité, il faut retrouver en quoi la liberté d'agir s'exprime aussi par lui, même lorsqu'il transcende la volonté.

13. Un concept, celui de sympathie, plus proche cette fois-ci de l'affect, doit être mis en lien avec lui, et qui permet le dépassement, nécessaire à notre étude, de l'opposition entre le subjectif et l'objectif, un lien entre le général et le particulier. Selon Jankélévitch, la sympathie, parce qu'elle allie « lucidité de l'intuition », et « ardeur de l'amour », permet de saisir le tout sans avoir à la recomposer de façon analytique à partir de

ses parties³⁰. Cette définition, est en fait exactement conforme à l'utilisation qui a pu être faite de l'élément affectif en droit.

Précisément, c'est d'un tel outil qu'il est impossible de se passer, dès lors qu'est considérée l'originalité des liens de responsabilité qui œuvrent entre les membres d'une même famille, tenant à ces courants contraires et permanents qui les traversent.

La sympathie, dont il faut rappeler les origines philosophiques d'abord smithiennes³¹ puis surtout scheleriennes³², et qui a déjà été transposée à la compréhension de certains mécanismes du droit pénal par des philosophes du droit³³, assure la médiation entre le subjectif et l'objectif par le biais d'une *situation*³⁴. Cette dernière permet à celui qui l'observe de sympathiser avec l'un de ses protagonistes, et devient donc le théâtre d'un jugement qui

³⁰ Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus II : Les vertus et l'amour*, Tome 1 et 2, Champs essais, Flammarion, Paris, 2011, 402 et 354 p. « (...) : l'amour nous donne l'intuition synthétique concrète de la personnalité étrangère, saisie dans son unité organique, et il est artiste en cela ; c'est pourquoi la sympathie, unissant la lucidité de l'intuition à l'ardeur de l'amour, est le parfait antidote de la froide dissection analytique qui recompose le tout avec ses éléments », p. 234.

³¹ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, P.U.F, Quadriges, Lonrai, février 2007 [1759], texte traduit, introduit et annoté par Michaël Bizou, Claude Gautier, Jean-François Pradeau, 454 p. SMITH conceptualise la sympathie comme étant un « opérateur » qui permet la communication des affections, pour laquelle il nous apprend d'ailleurs qu'elle est plus simple avec les membres de sa famille avec lesquels ont vit quotidiennement, l'affection apparaissant alors comme une sympathie habituelle. La conception smithienne de la sympathie se distingue tout en devant être replacée dans une généalogie de ce terme d'abord présent dans les thèses stoïciennes de la *sumpatheia* qui existerait entre tous les éléments de l'univers (ÉPICTÈTE, Entretiens, I, 14). Cette idée était celle qu'avait aussi reprise SHAFESBURY (*An Inquiry concerning Virtue or Merit*, 1699), qui y avait également vu cependant une communication des passions. HUTCHESON (*Inquiry into the origin of Our ideas of Beauty and Virtue*, 1725) et surtout HUME (*Traité de la nature humaine*, 1739-1740) l'utilisent eux aussi dans ce sens qui est celui principalement employé par SMITH. La sympathie est ainsi définie dans les premières pages de son ouvrage : « Pour chacune des passions dont l'esprit de l'homme est susceptible, les émotions du témoin, ramenant à l'intérieur de soi le cas qu'il observe, correspondent toujours à ce qu'il imagine devoir être les sentiments de celui qui pâtit », p. 26-27. L'auteur aboutit ainsi à l'idée novatrice du « spectateur impartial ». En outre, il distingue une sympathie directe et une sympathie indirecte : « Par conséquent, tout comme notre sens de la convenance d'une conduite naît de ce que j'appelle une sympathie directe avec les affections et les motifs de l'agent, de même notre sens du mérite naît de ce que je nomme une sympathie indirecte avec la gratitude de la personne sur laquelle, si je peux dire, l'agent agit », p. 123. Le jugement est donc permis par l'action du mécanisme de la sympathie indirecte, médiate en tant que fondée sur une situation, et qui est donc une *connaissance*.

³² Max SCHELER, *Nature et formes de la sympathie. Contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2003 [1913], traduction de Lefebvre, 473 p. Pour lui, la sympathie est un *Mitgefühl*, une participation affective qui se distingue de la sympathie qui avait été posée par SMITH. Il ne s'agit plus d'éprouver une affection comme si j'étais à la place d'un autre, mais de partager celle d'une autre en tant qu'autre dans un mouvement qui me pousse à sortir de moi-même pour aller vers autrui. Cette fois la sympathie est immédiate et renvoi à une perception originale : « C'est ainsi que pour nous faire une idée de ce premier élément constitutif de la sympathie, qui consiste à comprendre, à revivre, à ré-éprouver, nous n'avons besoin ni de projection affective (*Einfühlung* [c'est ainsi que le terme est employé dans le domaine de l'esthétique]), ni « d'imitation ». Au contraire, la projection affective et l'imitation, loin de nous aider à comprendre, sont pour nous des sources d'erreurs », p. 60. Voir aussi la sympathie dans la pensée de Bergson dans *L'évolution créatrice*.

³³ Jean-Marc TRIGEAUD, « Sympathie et responsabilité pénale : l'inspiration smithienne », in *Mélanges Jean Languier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 329 à 356, et par Luigi BOGOLINI, *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali*, Turin, 1975, p. 81 et s.

³⁴ Sur cette idée d'une situation, il faut dire qu'elle n'est pas neuve en philosophie, mais qu'elle a aussi bien déjà irrigué des courants de pensée puissants, en science politique (voire le mouvement situationniste) comme en droit (Ripert), avec ce point commun entre chacun de ces courants de toujours permettre une nouvelle compréhension des différentes « dimensions » de la personne, qui se construit par les autres autant que par sa solitude.

sera extérieur mais aussi intérieur, puisque vécu. L'opposition entre ce qui relève de l'individuel et ce qui ressort du collectif serait tout autant dépassée par la sympathie, à condition d'admettre que les différents observateurs de la situation peuvent être interchangeables, qu'ils sympathiseront généralement avec tel plutôt qu'avec tel autre qui provoquera au contraire leur antipathie.

Bien que cela semble plus secondaire, la sympathie permet également de comprendre le lien établi entre l'élément de fait, affectif, et l'élément de droit, institutionnel ou plus généralement familial. Le passage, qui s'opère semble-t-il plus fréquemment désormais du fait vers le droit³⁵, se résout en réalité à celui du passage de la normalité à la normativité sur lequel le regard devra être porté³⁶.

Sous-section II. ESTHETIQUE HEROÏQUE DE CELUI QUI AFFECTIONNE.

14. Dès lors que, dans cette étude, un parti est pris de ne considérer nullement l'élément affectif comme une simple émanation de la subjectivité individuelle, mais à la rigueur comme une subjectivité « essentielle », qui serait commune à tous et en permanence relancée par tous³⁷, impliquant déjà l'idée et par là l'objectivité, on pourrait légitimement se demander ce qui justifie l'emploi du vocable d'affection pour une étude de droit plutôt que celui de sentiment par exemple, puisque ce dernier vient d'être défini comme plus naturellement lié à l'idée, et par certains aspects, plus évidemment propre à signifier plus qu'une sensation matérielle et nécessairement égoïste.

15. Or, il peut apparaître que le sentiment relève du champ de la connaissance esthétique, et que c'est bien l'affection qui ressort du domaine juridique. En effet,

³⁵ René SAVATIER, « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, L.G.D.J, 1950, p. 75 à 92. L'auteur n'hésite pas à déclarer que les faits « nus » ont gagné face aux concepts juridiques. La question n'est donc pas nouvelle, bien qu'elle trouve sensiblement plus de matière aujourd'hui qu'elle n'en avait dans la première moitié du XX^{ème} siècle.

³⁶ Pour l'étude de ces notions dans les relations du couple, cf. *infra* p. 66 à 82.

³⁷ DOSTOIEVSKI ne nous dit-il pas la même chose à propos de la responsabilité ? « Nous sommes responsables de tout, devant tous »...

l'affection, plus précise que le sentiment, -et comme l'indique d'ailleurs l'utilisation qui est faite de ce terme dans le domaine médicale, pour évoquer une maladie, l'affection insiste sur une « faiblesse », une passivité, voire une passion, ou, si l'on veut employer le vocabulaire de René Le Senne, un obstacle³⁸, en tant que cette faiblesse ou cet obstacle contraint l'acte humain à suivre les voies qui lui sont imposées par le monde extérieur, par les *autres*, plus que celles que lui indiquent son *moi*³⁹.

L'affection ainsi définie à tout à voir avec le droit dès lors qu'elle n'est plus, comme la sensation ou même comme l'émotion une réaction ou un élan intérieur, et qu'elle n'est pas encore, comme le sentiment, morale et esthétique, extériorisable et métaphysique. L'affection est une rencontre véritable de la personne avec un autre concret, déterminé. C'est dans cette rencontre qu'œuvre le droit, et plus particulièrement le droit de la responsabilité qui a pour mission de garantir l'équilibre de cette rencontre⁴⁰.

16. L'affection ainsi conçue permet encore de distinguer d'une part une affection « naturelle », « normale », « mesurée », « adéquate », parce qu'elle joue dans un milieu familial où elle est attendue, mais aussi constitutive ou abstraite, à laquelle s'ordonnent les règles de la responsabilité civile (responsabilité des époux, des parents) et d'autre part une forme héroïque d'affection qui contraint les mécanismes de la responsabilité à s'incliner devant ces personnes qui surpassent ses règles (c'est ce qu'il advient lorsqu'une règle de la responsabilité est atténuée voire dissipée, notamment par le jeu des immunités familiales) et une forme antihéroïque, qui consiste alors en un rejet pratiquement total de l'objectivité du monde et en une forme « anti-affective », qui conduit cette fois la responsabilité à accentuer les sanctions qu'elle impose (violences et maltraitances familiales, à l'exception du crime passionnel dont la position est plus ambiguë dans le droit positif français, mais qui devrait théoriquement répondre à l'appel de la catégorie qui vient d'être dégagée)⁴¹.

³⁸ René LE SENNE, *Obstacle et Valeur*, F. Aubier, Philosophie de l'esprit, Paris, 1934, 351 p.

³⁹ Jean-Marc TRIGEAUD, « Le mythe du héros et l'esthétique de la justice », in A.P.D, Tome 40, *Droit et esthétique*, 1995, p. 34 à 55. « La faiblesse est la première marque de l'emprise de l'être, le premier signe de l'objectivité, quand elle consiste à céder au poids de ce qui est hors de soi plus qu'à l'intérieur de soi », p. 41.

⁴⁰ Sur cette lancée, il aurait encore fallu indiquer que l'affect est intimement lié au problème de la connaissance en philosophie, comme le démontre par exemple S. LUPASCO, *op.cit.* Mais de cette application philosophique, nous tirerons bientôt de larges éclaircissements juridiques et techniques quant à la reconnaissance d'enfant par exemple. Cf. *infra*. p. 192.

⁴¹ De ce point de vue, de nombreux héros de pièces cornéliennes sont en fait des « antihéros », comme Alidor, dans *La place royale*, qui veut soumettre ses sentiments à sa volonté, ou Cléopâtre, qui en affichant la passion du trône est en vérité une véritable criminelle passionnelle au sens où l'infanticide commis est le fruit de

De là l'idée que l'affect peut, dans ses rapports avec la responsabilité, être premier lorsqu'il fonde l'existence même de la responsabilité, ou bien second lorsqu'il ne fait que peser, parfois très sensiblement, sur une responsabilité qui existe en dehors de lui mais avec laquelle il doit s'accommoder.

Section II. Relation entre affect familial et responsabilité juridique

17. L'affect est donc défini comme un élément distinct avec lequel le droit peut entrer en contact. La relation que l'on peut déterminer entre l'affection que l'on s'attend bien à trouver dans la famille et la responsabilité qui fonde les liens de droit qui se nouent de personne à personne, éventuellement entre les membres d'une même famille ne peut manquer d'évidence, au moins quant à son existence (Sous-section I).

Il en va certainement autrement de la valeur directement juridique d'un affect, que l'on ne concevait pas *a priori* comme pouvant donner forme à la responsabilité (Sous-section II).

Sous-section I. FAMILLE ET RESPONSABILITE : L'ECLAIRAGE AFFECTIF

sa jalousie pour *Rodogune*. La figure de l'héroïsme est peut-être plus difficile à identifier dans la tragédie, qu'elle soit classique ou antique, dès lors que le héros d'alors n'est pas apparemment un héros de l'affect, ou bien il est justement en proie à un affect extraordinaire, qui le pousse à commettre un crime. Prenons l'exemple de Médée, qui agit par passion, et qui comme la Cléopâtre de Corneille, tue ses enfants pour châtier à travers eux l'époux infidèle. Néanmoins, son action, monstrueuse et inhumaine correspond aussi à une justice divine. De ce point de vue, Médée n'est pas aveuglée par sa passion, ses intentions véritables ne sont pas trahies par son affect, mais ses desseins s'accomplissent au contraire par eux.

18. L'institution familiale se définit strictement en droit comme un groupe de personnes qui sont juridiquement liées entre elles. Ce lien de droit repose néanmoins sur un lien de parenté ou d'alliance qui est bien un rapport de fait avant d'être transcrit et organisé en droit⁴². Parce que cette institution donc repose sur des faits humains, l'affect est mêlé à son existence même. En anthropologie, un phénomène marque ce lien familial, qui se trouve être la prohibition de l'inceste⁴³, qui se trouve elle-même relevée par l'élément affectif (Paragraphe 1). Quoique ce ne soit pas en principe son lieu d'intervention privilégié, la responsabilité peut être amenée à réparer ou à sanctionner des rapports familiaux qui sont par là même déclarés illicites⁴⁴ (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La famille comme lien et la prohibition de l'inceste

19. La famille se définit en principe et de la façon la plus nette en anthropologie par la prohibition de l'inceste, laquelle ne joue pas seulement entre personnes de même sang Que l'on songe à l'horreur qu'inspirent les sentiments de Phèdre à l'égard de celui qui est son beau-fils, avec lequel elle ne partage aucun gène. Claude Lévi-Strauss a démontré cette idée⁴⁵, dans ce qu'elle a de plus constructif pour définir cette société spécifique qu'est la famille. En effet, si la prohibition de l'inceste est fondatrice, c'est parce qu'elle est à la croisée de la nature et de la culture⁴⁶ : quoique l'on ait pu soutenir que l'inceste était prohibé pour des raisons biologiques, ce qui est contestable dès lors que l'inceste est un interdit qui a précédé de très loin les analyses et observations qui ont pu être faites sur un plan

⁴² Les auteurs relèvent à l'unanimité aujourd'hui que parler de la famille plutôt que des familles est de ce pont de vue une simplification. Par exemple : François TERRE et Dominique FÉNOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2009, n°286 et s.

⁴³ Sigmund FREUD, *Totem et tabou*, (Jankélévitch trad.), Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2005, [1912-1913], 225 p.

⁴⁴ Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, 673 p.

⁴⁵ Claude LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton, 2^{ème} édition, Paris, 1967, [1947], p. 28 et 29. Voir aussi les études de DURKHEIM (« La prohibition de l'inceste et ses origines ») et de FREUD (*Totem et Tabou*).

⁴⁶ « Ce n'est point la nature qui commande de s'abstenir de toute relation sexuelle avec certains proches parents, mais l'interdit noue entre les êtres qui le pratiquent des relations pour la première fois humaines », indique François RIGAUX, dans la préface qu'il écrit dans *Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de droit de la famille à Woluwe-Saint-Lambert (Bruxelles), Bruylant, L.G.D.J., Paris, 1978, p. XI.

médical et génétique, il faut bien noter que cet interdit lie justement les personnes entre elles. C'est parce qu'elles le respectent que le groupe se constitue, faisant ainsi de la famille une instance culturelle et non naturelle. D'où la conséquence du caractère juridique de chacun des liens particuliers qui s'y créent. Le lien de filiation ou le lien conjugal sont bien des relations de droit.

20. Cette vue peut se trouver notamment confirmée par quelques intentions législatives, telles que la loi du 8 février 2010, et celle du 12 mai 2015. Il a pu être reproché à la première son imprécision⁴⁷, et elle avait bien vite été censurée par le conseil constitutionnel⁴⁸. Cette loi instaurait un article 222-31-1, qui avait été introduit dans le code pénal et qui disposait que « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »⁴⁹. Cette formule laissait entendre qu'il existerait un inceste consanguin, celui commis par un membre de la parenté, et un inceste exogamique, celui commis par un allié d'un membre de la famille. Ce dernier ne peut se comprendre que dans un système où la famille n'est pas seulement « nucléaire »⁵⁰. Le fait qu'il soit reconnu à l'heure où l'on ne semble plus concevoir la famille autrement qu'à travers le cercle resserré que forment deux parents et leurs enfants traduit certainement une évolution de la famille complexe, qui ne serait pas seulement marquée par un rétrécissement de sa sphère et par une intensification de la qualité –effective ou seulement recherchée– des relations personnelles qui y naissent. La possibilité d'un inceste pleinement qualifié en dehors de tout lien génétique manifestait une autre évolution de la famille et de son droit, qui, en un

⁴⁷ Delors GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *in R.S.C.*, juillet/septembre 2010, p.599 à 611.

⁴⁸ Cons. Const. 16 septembre 2011, Q.P.C. n°2011-163, D. 2011, 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, Thierry GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *AJ. Pénal* 2011, 588, obs. C. PORTERON.

⁴⁹ Pour une étude plus approfondie de l'inceste, voir *infra*.

⁵⁰ Sur ce point, il est possible de remarquer que Lacan avait, selon nous justement, remarqué que la famille réduite qui était aujourd'hui la forme familiale la plus répandue, n'était pas « une simplification mais plutôt [...] une contraction de l'institution familiale. Il [le groupe réduit que compose la famille moderne] montre une structure profondément complexe, dont plus d'un point s'éclaire bien mieux par les institutions positivement connues de la famille ancienne que par l'hypothèse d'une famille élémentaire qu'on ne saisit nulle part. », LACAN, *Autres écrits, Les Complexes familiaux dans la formation de l'individu*, Éditions du Seuil, Paris, avril 2001, p. 27.

mouvement contraire à celui qui vient d'être analysé, étend le domaine de la famille à une coexistence de fait⁵¹. La loi nouvelle reprend cette idée⁵².

Aussi petit que soit l'angle sous lequel l'inceste se dessine au travers de cette règle de droit pénal, il est déjà suffisamment grand pour mettre au jour le sens de ce tabou, irréductible à une interdiction dont la visée ne serait qu' « évolutionniste ». La prohibition de l'inceste permet donc de définir la famille, dans sa complexité, et peut la définir complètement si l'on veut bien ne pas le réduire à un stratagème inconscient de maximisation reproductive.

21. Il reste que l'inceste lui-même a tendance à être défini par l'existence préalable de la famille. C'est à une définition bien peu utile que l'on aurait affaire, s'il fallait se contenter de dire que la notion de famille repose sur la prohibition de l'inceste, et que l'inceste est la relation interdite entre les membres d'une même famille. Il faut bien maintenir que la famille est le groupe humain constitué autour d'un couple, et qu'en dehors de celles qui existent pour lui, les relations sexuelles entre les membres de ce groupe sont prohibées car incestueuse. Mais, puisqu'il faut aller plus loin pour rendre ce constat utile à nos recherches, la question de la valeur de cette prohibition qui ne peut plus être justifiée par la biologie, ou du moins certainement pas par elle seule doit être posée⁵³. La relation n'est incestueuse que si elle existe entre deux personnes qui peuvent, ou doivent, s'aimer au sens de la *philia*, mais sans avoir de relations charnelles. C'est donc bien la *philia* aristotélicienne qui fait la famille en dernière instance, et qui conduit à la prohibition de l'inceste à travers laquelle les sciences sociales peuvent appréhender en négatif cette unité évanescence qu'est le groupe familial.

22. A cette première approche de la famille, la plus pertinente et efficiente, on ajoute classiquement un certain nombre de considérations relatives à son sens proprement

⁵¹ Une jurisprudence récente refuse d'annuler un mariage incestueux en théorie entre une femme et le père de son ex-époux. Mais il nous semble que cette jurisprudence abonde justement en notre sens puisque ce couple vivait ensemble depuis une vingtaine d'année avant que la demande d'annulation ne soit formulée, ce qui disqualifie l'inceste fondé sur cette relation de fait dont nous avons parlé : le divorce entre la femme et le fils de son époux était acté, et le mariage qui s'en est suivi, de part sa longévité « paisible », a par exception acquis une valeur non incestueuse. Cf. Civ.1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066. On doit noter tout de même que dans cette affaire c'est au nom de la vie privée et familiale protégée par l'article de la Convention EDH que le mariage est préservé, ce qui conduit à en limiter la portée pour la question qui nous occupe présentement.

⁵² Le texte peut être consulté sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0515.asp>

⁵³ Emile DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », in *Année Sociologique*, vol. I, 1896-1897, p 1 à 70. Selon Durkheim, c'est d'abord la loi de l'exogamie qui explique l'inceste. Cette prohibition n'a donc rien de biologique, ni même de psychologique (ce texte est écrit seize ans avant l'étude de Freud dans *Totem et Tabou*) et est avant tout une institution sociale. « Sur la base de l'exogamie, toute sorte d'habitudes se sont prises qui font maintenant partie de notre tempérament moral. », p. 69.

social : **la famille serait intimement liée à l'existence d'une société**⁵⁴. Elle est même parfois considérée comme la cellule sociale de base. Cet axiome, d'une utilité technique certaine du point de vue de certaines spécialités de sciences sociales, peut être contesté sous un autre angle, plus saillant pour une étude dont la portée est juridique et philosophique.

En effet, selon Pradines, c'est avant tout une donnée erronée du point de vue du développement du lien social, du point de vue de la phylogénèse humaine. La famille n'est pas, historiquement, le premier échelon social.

Mais même sans adopter une démarche évolutive de la société humaine, mais simplement une démarche juridique anhistorique, une distinction doit être faite entre le fait d'admettre que la famille est le premier lieu de socialisation, et celui d'en tirer la conséquence automatique de la valeur d'unité sociale de la famille. Avant même de rentrer dans des considérations philosophiques sur le subjectif et l'objectif, le collectif et le personnel, les rapports humains familiaux sont les premiers que l'on affronte, chronologiquement et qualitativement, mais ces rapports ne sont pas nécessairement construits sur le même modèle que ceux qui se nouent en dehors de la sphère intime. C'est même leur particularité qui fonde l'ensemble des problèmes que pose la responsabilité juridique ici⁵⁵.

Ainsi, si la famille, dont d'ailleurs les origines étymologiques renvoyant à un lien d'autorité⁵⁶, ou à un lien de génération (c'est la *gens*) ne peuvent en éclairer parfaitement le sens, est bien un endroit où l'on apprend à vivre avec l'autre, on ne peut en déduire de ce seul fait qu'elle soit aussi un premier échelon de la société, et à ce titre, qu'un bon père est automatiquement un bon citoyen comme l'ont cru ceux même à qui l'on doit la référence

⁵⁴ Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Dalloz, Paris, 2006, 352 p. L'auteur cite Claude Lévi-Strauss en un long passage : « (...) la création d'une nouvelle famille a pour condition absolue l'existence préalable de deux autres familles, prêtes à fournir qui un homme, qui une femme, du mariage desquels naîtra une troisième famille, et ainsi de suite indéfiniment. En d'autres termes, ce qui différencie l'homme de l'animal, c'est que dans l'humanité, une famille ne saurait exister s'il n'y avait d'abord une société », p. 100.

⁵⁵ Philippe CHIAPPINI, op. cit. « L'Etat n'est pas l'émanation directe de la famille, de la tribu, ou de la communauté locale. Il est clair qu'on se trouve en présence d'ordres différents. La structure familiale trouve en effet sa légitimation dans le seul principe de filiation ; on n'est pas citoyen de sa famille. », p. 116. Cette remarque est d'une importance capitale et justifie sans doute que la responsabilité juridique soit parfois mise entre parenthèse lorsque celui qui est un citoyen n'est pas traité comme tel par les membres de sa famille. Telles seront notamment expliquées les immunités familiales. Cf. *infra*.

⁵⁶ Dans sa thèse dirigée par R. LE GUIDEC et soutenue à Nantes le 10 novembre 2009 sur *La contractualisation du droit de la famille*, C.DUDIT, expose comment les notions de *familia* et de *gens* jouent toutes deux pour une part de la définition contemporaine de la famille en droit : « la *familia* est définie comme l'ensemble des esclaves de la maison, et de manière plus étendue, l'ensemble de tous ceux qui vivent sous le même toit. Cette acception, intrinsèquement liée à l'autorité, renvoie à la *domus* romaine c'est-à-dire à notre famille conjugale. Une autre acception renvoie à la *gens* du droit romain, c'est-à-dire à notre famille lignage, constituée de tous les descendants et collatéraux d'un ancêtre commun même s'ils ne vivent pas sous le même toit », p.11.

inévitables au « bon père de famille » comme parangon du comportement droit. La famille est une institution bien avant que d'être une unité « naturelle », et biologique⁵⁷.

23. La famille doit être regardée comme un groupe d'*alter ego* qui, d'une façon plus ou moins absolue, sont liés les uns aux autres en premier et dernier ressort. La famille ainsi comprise ne serait pas alors le premier échelon de la vie sociale, mais celui où tout commence et finit. Non seulement elle est bien une unité de lieu, même abstraitement conçue puisque la famille survit bien par exemple à la fondation d'un nouveau foyer par les enfants devenus adultes, mais encore elle est une unité de temps, puisque chacun naît, vit et meurt *dans* une famille. Les liens qui unissent donc les membres d'une même famille sont de l'ordre de la nécessité et non de la contingence comme le sont les autres rapports sociaux.

De là l'idée que la responsabilité ne peut qu'être singulière dans cette communauté à laquelle on appartient toujours.

Paragraphe 2. La responsabilité dans la famille

24. La responsabilité est une réponse que l'on se doit de donner à ceux envers lesquels on a agi, ou on aurait dû agir. C'est en vertu d'un engagement, voulu ou imposé, que cette responsabilité naît. D'emblée, la possibilité de faire de la responsabilité un engagement pour l'avenir et non pas seulement une réponse pour le passé semble s'imposer. Cet aspect de la responsabilité ne saurait être négligé dès lors qu'il a déjà capté l'attention d'auteurs relativement nombreux⁵⁸.

⁵⁷ Ici encore, il est possible de renvoyer à Lacan, pour montrer au moins que les sciences humaines aboutissent, chacune par leur angle spécifique et limité à ce même résultat de la valeur institutionnelle de la famille, que l'on semble parfois délaissier quelque peu en droit, lorsque l'analyse génétique est perçue comme porteuse de la vérité de l'origine familiale. De LACAN, on peut retenir l'idée qu'« Entre tous les groupes humains, la famille joue un rôle primordial dans la transmission de la culture. (...) Par là elle préside aux processus fondamentaux du développement psychique, à cette organisation des émotions selon des types conditionnés par l'ambiance, qui est la base des sentiments selon Shand ; plus largement, elle transmet des structures de comportement et de représentation dont le jeu déborde les limites de la conscience », *op. cit.* p. 24-25.

⁵⁸ Hans JONAS et à son *Principe responsabilité*, mais aussi les analyses du contrat de responsabilité parentale délivrée par Judith ROCHFELD, dans son article « Contrat, Responsabilité, parenté : un mélange détonnant », RTD civ.. D'une façon générale, c'est bien d'une projection vers l'avenir que l'on parle dès lors que l'on envisage de « responsabiliser » tel ou tel acteur de la vie sociale, et plus encore lorsque l'on parle de responsabiliser les membres d'une famille les uns à l'égard des autres. Ainsi se dessine dès à présent un lien potentiel entre cette responsabilité familiale redécouverte et certains rapports avec la protection de

Introduction

Juridiquement, il s'agit de réparer, ou au moins d'indemniser, les dommages causés à autrui, d'être sanctionné socialement pour la faute que l'on a commise, et sans doute aussi, dans un sens certes un peu dévoyé mais pourtant bien actuel, de se porter garant d'un comportement attendu. Tous ces aspects de la responsabilité, aussi différents qu'ils soient dans les conséquences qu'ils emportent, ont ceci en commun de reposer sur le constat d'un manquement à un devoir qui de toute façon préexiste. Mais, quoique ce manque sanctionné par la responsabilité ne puisse être relevé qu'a posteriori, une fois qu'il est accompli, le devoir qui est ainsi trahi peut n'être pas devenu effectif. Il est un engagement, dans la rupture duquel la personne est libre, si elle en assume les suites et la culpabilité qui s'y attache.

25. La responsabilité qui peut intervenir entre les membres d'une même famille, unis par des liens affectifs, ou désunis par eux, si elle a bien un socle unique, prend plusieurs formes.

Elle est bien évidemment pénale, bien qu'il faille tenir compte des difficultés humaines que cette forme de la responsabilité pose lorsqu'elle oppose ceux qui appartiennent à la même famille.

Elle est aussi civile, qu'elle soit contractuelle et donc fondée sur un engagement *a priori* volontaire dont on assumera le non respect pour la part généralement prévisible du dommage, ou délictuelle et donc fondée sur le manquement à une obligation que l'on ne pouvait choisir de s'attacher.

Mais peut-être aussi est-elle administrative, dès lors que l'État peut être impliqué dans cette responsabilité à l'occasion d'une procédure menée par le ministère public, à l'occasion d'une procédure d'abandon ou de placement menée par le Conseil Général, et plus généralement à l'occasion des questionnements qui portent sur la question de l'oscillation de la famille entre contrat et institution. Dans ce dernier cas, la formule de Duguit selon laquelle la contractualisation est une féodalisation doit être étudiée.

26. Il est en outre important de signaler que lorsque l'on se propose d'identifier les voies qu'emprunte la responsabilité lorsqu'elle chemine dans la famille, il existe une ambivalence profonde entre son aspect juridique, qui est premier, et son aspect moral.

l'environnement : ZABALZA A., *La terre et le droit : du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 2007, 441 p. ; Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2005, 695 p.

Introduction

En effet, la responsabilité est bien un mécanisme typiquement juridique, qui vise à la rétribution d'une *res* dont le sujet aurait été privé⁵⁹. La chose est d'abord observée comme manquante, avant que ce manque ne soit rattaché à la personne qui aura à en répondre. Au plan moral, la responsabilité ainsi entendue a quelque chose d'incongru puisque c'est la gratuité du don, et non l'échange, qui devrait prédominer. La responsabilité morale n'est pas due, mais elle est donnée, et son engagement ne saurait être une contrepartie.

Dans la famille, ces constats nouent pratiquement tous les problèmes que le droit rencontre. Car, si la responsabilité juridique s'attache d'abord à une chose, à une perte qui devrait être évaluable en argent, avant de s'intéresser à la personne, il est plus délicat qu'ailleurs, et même si l'on tient compte des difficultés usuelles en matière d'indemnisation d'un préjudice moral⁶⁰, de distinguer, dans ce que l'on répare lorsque c'est l'affect familial qui est blessé, ce qui relève de la chose et ce qui relève de la personne, tant cet affect est *identitaire*. Cette idée est peut-être au fond ce qui explique les débats provoqués par les décisions admettant la réparation du préjudice de l'enfant lorsque ses parents en sont les auteurs par exemple, dans la mesure où ce préjudice relève de l'impensable, de la personne toute entière, et même pas d'un seul sentiment identifiable comme dans le préjudice par ricochet « classique ».

Ensuite, si la responsabilité morale est engagée sans être due, la responsabilité juridique est d'emblée branlante dans la famille où précisément elle doit composer avec cette gratuité de telles relations humaines. Le jeu des équivalences et des contreparties doit s'accommoder d'un univers, en principe, fait de dons. Il s'agirait alors pour la responsabilité juridique d'instaurer ses mécanismes rétributifs sans transformer des devoirs mutuels en devoirs réciproques, ce qui paraît *a priori* impossible.

⁵⁹ Jean-Marc TRIGEAUD, « Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexions de synthèse », in *Revue trimestrielle Fides Quaerens*, Université di filos, Calabria, Facoltà teologica dell'Italia meridionale, Naples, 2010, 9 p ; Jean-Marc TRIGEAUD, *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, Bordeaux, 1999, 248 p.

⁶⁰ Les obstacles posés par l'indemnisation en argent (puisque c'est la seule possible) d'une douleur morale ne sont peut-être pas tous surmontés, au moins au plan théorique, mais aussi au plan pratique lorsque l'on observe les très grandes disparités qui existent dans les montants octroyés, et ce alors que les situations concrètes sont a priori tout à fait comparables. Gérard MEMETEAU avait parlé de « pierre philosophale » à propos de la réparation du préjudice d'affection (« La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », in *Gaz. Pal.*, 1er août 1978 p. 400 à 403), et ses analyses pourraient toutes encore valoir, quoique l'article ait maintenant été écrit il y a plusieurs décennies !

Sous-section II. VALEUR JURIDIQUE DE L'ÉLÉMENT AFFECTIF : LA RESPONSABILITÉ FAMILIALE.

27. L'élément affectif est perçu par des critères, qui sont en droit impliqués dans la recherche d'une responsabilité quelle que soit ensuite la nature de celle-ci⁶¹.

L'obstacle de la preuve dévoile la difficulté majeure qui pèse sur l'étude du sentiment en droit. Sans nier son importance puisqu'il s'agit tout de même de découvrir une vérité, l'abus qui consiste à voir ici une barrière infranchissable est bien réel. En effet, la bonne foi par exemple, ou plus généralement encore l'intention, ont une place que personne ne saurait contester dans notre droit, alors qu'elles ne sont pas plus directement palpables que ce qui ressort de l'émotion. Comme toute présomption classique, l'affect est présumé en tant qu'élément inconnu et inconnaisable pour le droit à partir d'un élément connu, qui peut être la manifestation d'une volonté ou le constat d'un état de fait. Or, ce mécanisme présomptif semble être sous-jacent et, dans une certaine mesure, même inconscient dès lors que, procédant par métonymie, le droit réduit ce qui est présumé à ce qui en est l'indice. L'affection, qui doit absolument être distinguée de l'émotion, de la sensation, du sentiment quoique ce soit de lui qu'elle se rapproche le plus, devient dans l'exaspération d'un subjectivisme strictement positif, l'alibi de toutes les revendications individuelles, au lieu d'être ce qu'il est : une ouverture à l'autre, une situation dépassant les inter-individualités pour jouer entre les personnes.

28. L'affect n'intéresse le droit qu'en tant qu'il est lié à la découverte d'un lien de responsabilité au moins dans la famille. Ainsi, c'est une première justification de notre sujet qui lie l'élément affectif à la responsabilité. Un lien nécessaire existe entre l'affection et la responsabilité lorsqu'elle s'exerce dans le cadre des relations familiales.

Le premier fait, qui s'impose à la connaissance de celui qui se penche sur les liens qu'entretiennent affect et responsabilité, est celui de la dissemblance profonde de la responsabilité et des mécanismes qui ont cours au sein de la famille ⁶². En effet, si la

⁶¹ Sur les relations du droit avec l'émotion, qui n'est pas l'affect, mais qui peut éclairer certains aspects, voir Alain PAPAUX, « Un droit sans émotions. *Iram non novit jus*: esquisse des rapports entre sciences et droit », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLVII-144 | 2009, mis en ligne le 01 mai 2012, <http://ress.revues.org/70>

⁶² Cf. *infra* p. 48 et s.

responsabilité a bien une origine juridique⁶³, son sens moral semble jouer d'une manière singulière lorsqu'elle s'applique aux relations familiales, dès lors que l'on peut affirmer, à la suite d'Aristote que la famille se construit par la *philia*, c'est-à-dire par un attachement moral réciproque des personnes⁶⁴. Ainsi faudrait-il tenir compte du caractère particulier qu'acquiert la responsabilité dès lors qu'elle est juridique mais en même temps morale, au sens où d'abord elle engage la personne, et où ensuite elle ne s'articule plus ici autour d'une contrepartie, mais où elle doit réaliser une équité entre des éléments pourtant par nature impondérables.

29. Il faudrait donc opposer à la responsabilité de droit commun qui vise autrui, même si c'est un autrui déterminé comme en droit des contrats, **la responsabilité dans la famille qui s'exerce à l'endroit de celui qui n'est pas un autrui mais l'autre**, dans tout ce que ce terme compte de signification humaine. Bien qu'il n'existe pas toujours dans notre droit positif de chemins spécifiques qui conduisent à cette responsabilité familiale, il existe en revanche toujours une façon particulière de cheminer, et c'est elle que notre étude se propose d'éclairer. L'autrui visé par l'article 1382 du Code civil est un étranger ; l'autrui visé par l'article 1147 est un « débiteur » ; l'autre auquel est confrontée la personne dans la famille lorsqu'elle lui cause un dommage est celui qui est nécessaire à son identité.

30. Cet autre, en effet, fait naître un double mouvement dans lequel l'être semble devoir s'actualiser : l'autre est sa ligne de mire parce que, contrairement au départ qui marque de ses stigmates la philosophie occidentale et que l'on doit à Descartes entre le corps et l'âme, celui qui s'impose en fait initialement à la conscience est celui qui fonde la multiplicité de l'être, comme l'atteste toute la pensée médiévale⁶⁵. Or, cette multiplicité ne peut qu'ouvrir métaphysiquement la réflexion, qui voyage alors vers l'unité qui se découvre irrémédiablement sous ce multiple des êtres, et il est impossible alors de ne pas voir comment la personne humaine est au plus haut point l'enjeu de cette interrogation. L'autre donc est le

⁶³ Jean-Marc TRIGEAUD, « Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexions de synthèse », in *Revue trimestrielle Fides Quaerens*, Université di filos, Calabria, Facoltà teologica dell'Italia meridionale, Naples, 2010, 9 p.

⁶⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livres VIII et IX, 1161 b 12, 1162 a 16-17 et 1162 a 24-27. La *philia* est le plus souvent traduite par l'amitié, mais il semblerait bien qu'il faille considérer alors ce terme comme une notion plus vaste que ce qu'elle recouvre dans le langage contemporain, qui peut sans contradiction contenir l'amour.

⁶⁵ Cf. la querelle des universaux et au dialogue entre nominalistes et scolastiques.

premier mystère qui s'offre à l'Homme⁶⁶, et non seulement alors le premier que l'on rencontre est bien chronologiquement l'autre familial, le parent, mais encore cet autre là est-il premier par l'importance qu'il acquiert. Ici plus qu'ailleurs, l'autre est autre tout en étant le même. Le parent, ou l'enfant, mais plus largement le frère ou la sœur, les grands-parents, sont bien l'autre en face duquel j'existe alors que je trouve en lui les marques de mon identité, de notre identité. Ici se dessine le second mouvement nécessaire de l'être à travers l'autre, qui n'est plus un mouvement qui va de soi à l'autre mais qui suscite le retour vers soi, comportant une forme d'intégration en soi de l'autre, non pour en faire un autre soi-même, mais plutôt pour abandonner une partie de soi dans l'autre. L'autre devient un semblable, et ne peut le devenir que parce que justement il est à l'origine autre.

31. C'est un tel processus qui se trouve décrit dans les études d'Etienne de Greeff consacrés aux *instincts de défense et de sympathie*⁶⁷, et où l'auteur démontre, sans que cela soit pourtant l'objet central de son raisonnement, comment la responsabilité vient de ce que l'on présume l'intentionnalité⁶⁸ d'autrui, et comment la sympathie fonde en revanche une irresponsabilité, en tant qu'elle permet de comprendre l'autre dans une innocence essentielle. L'autre, lorsqu'il est aimé, ne peut plus être regardé comme responsable car il ne semble plus avoir pu viser un mal intentionnellement⁶⁹. Il ne s'agit pas de dire que celui qui est notre proche ne pourra plus jamais apparaître comme un individu responsable, cela serait d'ailleurs dévoyer gravement la pensée du professeur de Louvain.

⁶⁶ L'Autre par excellence n'est-il pas Dieu ? Sur l'usage de la majuscule dans l'écriture du mot « Autre », au cours de ce travail, l'Autre désignera une forme abstraite tandis que l'autre renverra à la personne concrète. C'est en s'inspirant principalement pour cet aspect des distinctions établies par Lacan sur ce point que ce point a été fixé.

⁶⁷ Etienne DE GREEFF, *Les instincts de défense et de sympathie*, P.U.F, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Vendôme, 1947, 235 p. Citons plus précisément DE GREEFF : selon lui l'amour est « une connaissance instinctive, c'est-à-dire une *reconnaissance, dans un autre, d'une forme portée en soi (...)* », (sic.) p.147 ; « Dans la mesure où [l'amant] laisse s'évanouir l'autre en lui-même, il cesse lui-même d'être », p.198. Cette idée existe déjà chez d'autres auteurs tels que Gabriel MADINIER dans *Conscience et amour, Essai sur le nous* ; ou Martin BÜBER dans *Je et tu*.

⁶⁸ Dans la théorie de la connaissance, et notamment dans les écrits de Gabriel MARCEL, l'intentionnalité s'écrit avec un seul « n ». S'il a été choisi ici de se conformer à une orthographe plus conventionnelle, le concept qui est employé pourrait néanmoins emprunter à ces philosophes.

⁶⁹ Etienne DE GREEFF, op. cit. p. 91 et s. « L'idée sommaire de responsabilité repose sur une interprétation directe de l'intentionnalisme primitif ; c'est une donnée immédiate de l'instinct de défense. » ; « L'idée de responsabilité apparaît ainsi comme exprimant la vision du prochain vu par l'instinct de défense. La personnalité réelle de ce prochain est réduite à une représentation sommaire, abstraite et réductrice et remplacée par une volonté consciente et responsable, perçue du reste comme gerbe d'intentions successives ». Plus loin (p.137 et s.), notre auteur expose ce qu'il en est lorsqu'une sympathie unit une personne à ce prochain : « L'attitude de la mère envers son enfant (...) constitue un sommet de la compréhension par l'amour et la sympathie et nous donne la formule, la seule, d'une attitude créatrice envers notre semblable » ; « La non agressivité va de pair avec une inhibition de l'intentionnalisme, et la personnalité de l'enfant n'est donc pas remplacée par une structure à base de responsabilité (...) ».

Plus modestement, notons simplement qu'il existe *ab initio* une forme d'incompatibilité entre la responsabilité et l'affect, laquelle d'ailleurs ne saurait étonner dès lors que le droit a eu tendance à refuser d'engager des mécanismes de la responsabilité au sein des familles.

32. Affect, responsabilité et liberté sont donc liés. L'acte de volonté qu'implique la reconnaissance d'une responsabilité qui est donc aussi pleinement morale que juridique, se trouve lié à l'idée d'une faute, qui n'a de sens que dans la considération d'une liberté *a priori*. Or ce point, dans d'autres circonstances évident, soulève dans ce contexte une véritable aporie : comment situer la liberté là où ce qui relève du voulu et ce qui dépend du non voulu se mêlent ? Outre les infléchissements possibles de la conscience auxquels on voudra bien croire puisque les sentiments familiaux ancrent cette dernière dans un réel pratiquement absorbant, la science juridique répond en posant un principe de liberté dont c'est l'absoluité de la potentialité qui prime une liberté effective, voire efficace. Ainsi Monsieur le professeur Jean-Marc Trigeaud fait-il ce constat dans un article portant sur l'analyse de la liberté comme fondement de la responsabilité⁷⁰, où il énonce que le juriste doit présumer la liberté.

33. Il est d'autant plus essentiel de considérer ainsi la liberté que les études d'un Cesare Lombroso sur « l'homme criminel »⁷¹, fondées sur l'idée d'une criminalité congénitale, presque entièrement assimilable à une maladie génétique –et donc familiale-, sont depuis longtemps admises comme appartenant à un âge révolu, mais dont il faut pourtant toujours se garder à l'heure où l'on prétend pouvoir diagnostiquer une dangerosité qui serait *essentielle*, même chez de jeunes enfants. Un tel cloisonnement,

⁷⁰ Jean-Marc TRIGEAUD, article précité, p.2. L'auteur indique que « L'analyse [que le juge] pratique s'opère à partir de ce qu'il présume être la liberté d'un auteur qu'il répugne par définition à rechercher en soi, puisqu'il n'entend pas porter un jugement de personne, mais exclusivement un jugement d'acte ». Cette remarque nous permet de comprendre, voire de résoudre en partie le problème des preuves de l'affect en droit de la famille, puisque c'est aux actes, qui sont volontaires, que le droit s'attache pour déterminer ce qui est. Un tel fonctionnement pourrait même sembler ici plus qu'ailleurs apte à révéler la vérité car un sentiment d'affection unissant les membres d'une société familiale s'exprime nécessairement en tant qu'il existe par une *relation, qu'il s'incarne*. Par ailleurs, M. Trigeaud dénonce dans la conclusion de son article « l'absoluité de la liberté [qui] conforte paradoxalement la légitimité de ses dédoublements, de ses retranchements et de ses voiles, voire de ses ruses. Cherchez alors l'authentique et pure personne prétendument libre : elle s'est glissée dans les personnages de la nature et de ses masques ». Ainsi il paraît important d'insister sur le fait que la liberté dont il est question dans la famille n'est absolue que dans la mesure où elle réside dans un potentiel. Que cette potentialité advienne ou non, la liberté est déjà entièrement contenue dans l'homme, comme l'humanité est déjà entièrement contenue dans le nouveau-né. C'est le principe *prosopologique* développé par l'auteur notamment dans *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bibliothèque de Philosophie comparée, Editions Bière, Bordeaux, 1995, p. 391 à 412.

⁷¹ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel*, 1876. Voir aussi Cesare LOMBROSO, *La femme criminelle et la prostituée*, texte présenté par Pierre Darmon, éditions Jérôme million, traduction par Louise Meille, collection Mémoires du corps, Grenoble, 1991, 1ère édition en 1895, 544 p. Notons avec Pierre Darmon que lors du premier congrès international d'anthropologie criminelle, à Rome, seul le professeur Lacassagne avait émis quelques doutes quant aux conclusions de Lombroso sur le criminel né.

pour ne pas dire une telle aliénation, d'un individu dans une essence déterminée à l'avance prive donc la personne de toute possibilité de responsabilité.

De telles études ne peuvent trouver grâce, bien qu'il faille reconnaître que certaines déterminations influencent souvent les choix qui peuvent être faits⁷². Ainsi est-il indispensable d'admettre certaines études pour lesquelles le lien familial est bien déterminant, dès lors que la famille se singularise par la génération, la transmission dont le droit ne méconnaît rien et que l'individu construit son identité à partir de cet héritage, mais sans pour autant devenir le creuset d'un véritable destin contre lequel aucune liberté ne pourrait s'élever⁷³. Il apparaît donc que la liberté, dont le propre en droit comme ailleurs est de n'être jamais séparée de ses possibles, demeure même au sein des relations familiales, dont elle ne peut pourtant se désolidariser complètement. Ainsi toute relation intrafamiliale devrait être cernée dans cette complexité qui la caractérise, des vases communicants du voulu et du non voulu.

34. Dans l'ordre du droit, qui n'est pas celui de la psychologie, ces liens complexes ne sont pas niés, mais ne nuisent pas pour autant à la classification de la responsabilité civile qui est à l'œuvre dans le couple et vis-à-vis des enfants dans la catégorie des actes volontaires, dans le sens où ils sont exécutés consciemment, sans contraintes externes, bien que l'affection qui unisse ces personnes soit dans une certaine mesure une forme interne de détermination. Mais cet élan interne, radicalement subjectif, s'extériorise ensuite en un choix de s'engager qu'il cause, et qui l'actualise dans le même temps objectivement, puisque cet élan rencontre l'attraction qui l'a suscité.

La famille est encore le cadre de la désintégration de certaines distinctions ailleurs acquises pour le juriste puisque l'institution familiale est singulière dans la position qu'y occupent les individus malgré son importance sociale. En imposant un certain dépassement de l'opposition entre l'objectif et le subjectif, l'étude de l'élément affectif qui noue la

⁷² Les déterminations peuvent, selon le sens qui leur est donné, influencer l'existence des choix qui sont offerts, ou bien le choix lui-même.

⁷³ Paul Laurent ASSOUN, « la famille, entre droit et psychanalyse, contribution à une psychanalyse de l'anomie familiale », in *Les Petites Affiches*, n°118, 1er octobre 1997, p. 11 à 17. C'est ainsi notamment que le professeur en psychanalyse écrit qu'« en contraste d'une conception « héréditariste » faisant de la transmission familiale un « destin » -ce que Freud récuse au moment décisif de son éloignement de Charcot avec la notion de « famille névropathique »-, il s'agit de saisir la famille comme le lieu d'une « histoi-re ». (...) La famille est donc le « marqueur » de toute la suite de la vie du sujet, mais il s'agit bien d'une mise en jeu dynamique, à la fois déterminée —on pense à la structure tragique du conflit œdipien— et ouverte, dans la mesure où le « petit Édipe » se cabre -selon une image décisive- contre l'interdit parental et familial »

responsabilité dans la famille prescrit aussi celui de la frontière qui est tracée entre l'individuel et le social.

35. D'une part, **l'éclairage particulier qui devrait être apporté ici vise à dégager le critère d'un engagement à valeur institutionnelle**, ne pouvant donc se matérialiser que par un acte juridique —officiel—, mais **dont la particularité serait d'être toujours précédé d'un élément de fait purement intersubjectif, sur lequel il se fonde, qui est qualifié d'affectif**. Plus précisément, puisque l'amour dont il est question ne saurait relever que de l'intimité profonde des personnes où le regard du droit ne peut se poser, la relation de fait est présumée à partir d'une relation de droit, mais celle-là est alors toujours entendue comme étant antérieure à celle-ci dès lors qu'elle en est la cause.

Nul ne songerait aujourd'hui à nier qu'une union en droit soit le signe extérieur, social, d'une communauté affective, pas même les juges pour qui il relève de l'évidence d'admettre par exemple la réparation d'un préjudice moral par ricochet à l'époux du défunt⁷⁴ dont on ne discute plus guère que de sa nature nécessairement pécuniaire et surtout de son montant⁷⁵. Cette vision pourrait néanmoins apparaître non seulement comme naïve, mais encore critiquable puisque d'abord certains couples ne s'aiment pas et ensuite les unions d'intérêts ont existées non moins valablement que celles que l'on connaît aujourd'hui à une autre époque. Il est surtout en vérité impossible en droit de déterminer l'actualité de cette affection, l'acuité avec laquelle elle se pratique entre les êtres dont on ne peut qu'effleurer la surface qui se présente.

36. Or, **ces objections peuvent être au moins partiellement rejetées** puisque la valeur que la famille juridique vise à garantir demeure à l'heure actuelle l'affect, ainsi qu'en

⁷⁴ En matière de concubinage il suffit de songer à la célèbre affaire « Dangereux », C.Cass, Ch. mixte, 27 février 1970, dans laquelle les juges admettent la réparation d'un dommage moral et matériel de la concubine après le décès accidentel de son concubin dès lors que leur concubinage était stable.

⁷⁵ Gérard MEMETEAU, « La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », in *Gazette du palais*, 1er août 1978, p. 400 à 403. L'auteur y prône l'usage d'une réparation symbolique dès lors que « le dommage subi n'a rien de patrimonial : une véritable réparation ne peut être que d'ordre affectif et une indemnité de principe devrait être de rigueur » (p.401). Il signale d'ailleurs que la Cour d'appel de Colmar en avait décidé ainsi le 19 décembre 1973, laquelle arguait que « la véritable affliction [est] essentiellement désintéressée ». Il apparaît finalement très nettement, et l'auteur de cet article ne s'en cache point d'ailleurs, que c'est bien la question de la véracité de la profondeur des sentiments des plaideurs qui gêne les juristes en dernier ressort et au delà de l'équivalence établie entre la douleur et l'argent dont on admet forcément l'imperfection en même temps que la valeur utilitaire. En effet, ce dernier argument est au fond le seul qui permette de comprendre le refus d'indemniser le préjudice d'affection; par quel autre moyen pourrait-on reconnaître qu'une telle équivalence vaut pour celui qui a perdu une jambe mais non pour celui qui a perdu un conjoint, sinon celui de l'incontestabilité, voire de la positivité, du préjudice du premier ? Ceci étant, il faut cependant s'accorder sur l'idée qu'il y a dans certaines demandes excessives une immoralité, masquée bien maladroitement par une volonté de punir l'auteur du dommage, qui alors ne peut être assouvie que par une action pénale.

témoigne notamment la proscription des mariages dits blancs ou celle des mariages forcés⁷⁶. L'affirmation de la préexistence de l'élément affectif sur la responsabilité ne semble alors pas remise en cause et elle apparaît comme symptomatique des relations entretenues ici entre le social et l'individuel. Le caractère institutionnel attribué à la famille démontre bien un intérêt supérieur qu'éprouve la communauté à protéger cette « cellule sociale de base ».

Ce constat n'épuise cependant pas le sens particulier de l'institution familiale car au-delà de l'addition de personnes qui composent toujours une société, la famille regroupe des individus qui se construisent à partir d'elle tout en la structurant. Elle n'est par suite ni une simple unité sociale, ni une matière éclatée en atomes individuels, et il semble bien que ce problème soit celui qui a conduit certains docteurs à faire de la famille une personne morale⁷⁷. Il serait aisé de dire dans ce cas qu'elle est l'un et l'autre, mais cela n'enrichirait en rien son analyse, d'autant que l'essence de l'individuel ne saurait être confondue avec celle du social sans que ces deux notions ne perdent intégralement leur substance. Néanmoins, dans l'ordre du droit, il est justement particulièrement frappant que la famille soit constamment soumise à l'attraction contraire de ces deux pôles, l'un poussant le législateur à déclarer que le domaine relève de considérations d'ordre public, l'autre le conduisant à valoriser l'épanouissement personnel pour lequel la famille ne serait qu'un moyen de l'atteindre, qu'il faudrait adapter aux idées que chacun se fait sur son bonheur.

37. D'autre part, si l'on veut bien considérer qu'outre les distorsions que peut subir l'institution familiale affectée par les personnes qui la composent, **il existe aussi des difficultés dont l'amont ne se situe plus du côté du social mais du côté de la personne.** Cette idée pourrait être efficacement illustrée par la thèse de Daniel Gutmann sur le sentiment d'identité⁷⁸. Il y développe l'idée que ce sentiment est fondamental en droit des personnes et de la famille, comme d'ailleurs dans tous les champs du droit où la responsabilité sera mise en œuvre puisqu'il faut bien que la personne qui répond de son action soit, et se sente, identique à celle qui a causé un dommage⁷⁹.

⁷⁶ Pour une étude de l'affection des époux, au plan sociologique, voir Martine SEGALIN, *Amours et mariage de l'ancienne France*, Paris, Berger-Levrault, 1981, 175 p ; ou bien du même auteur, *Nuptialité et alliance : le choix du conjoint dans une commune de l'Eure*, Paris, G.P Maisonneuve et Larose, 1972, 141 p.

⁷⁷ René SAVATIER, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », D. 1939, Chronique 49

⁷⁸ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude du droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque du droit privé dirigée par Jacques Ghestin, Tome 327, L.G.D.J., Toulouse, février 2000, 520 p.

⁷⁹ Daniel GUTMANN, idem. L'auteur rappelle l'évidence qui veut que la responsabilité ne pourrait avoir de sens si « l'auteur de l'acte [n'était pas] à certains égards le même que celui qui subit la sanction » p.3

Aucune interrogation sur la personne ne peut se passer de celle qui vise à élucider la pérennité du soi dans la succession des moments et des postures, dans l'évolution d'une personnalité⁸⁰. On connaît notamment à ce propos les écrits des phénoménologues et ceux de Bergson en particulier⁸¹, mais il faudrait citer ici de nombreux précurseurs⁸². Pour l'heure, il importe de remarquer que, comme le rappelle Monsieur Gutmann, c'est la stabilité de l'environnement affectif qui conditionne la construction de l'individu en tant que tel et c'est à ce titre que le droit lui offrirait une protection particulière⁸³. Bien qu'il soit réducteur d'ériger le sentiment identitaire en cause prioritaire de la protection que le droit accorde à la stabilité du milieu affectif⁸⁴, cette étude est significative d'une pensée qui situe dans la construction de l'individu l'objectif de la famille.

38. Ainsi les tensions qui animent la famille entre force sociale et soutien des individus apparaissent-elles comme les axes principaux de la réflexion sur la place de la liberté en son sein, et partant sur les responsabilités qui l'irriguent.

Or, un concept pourrait émerger qui permettrait de rendre compte de cette complexité, présente ailleurs, mais exacerbée dans la famille. L'élément affectif est apparu jusqu'alors dans le cercle des relations entre ascendants ou entre collatéraux, mais il s'avère pouvoir tenir un rôle également dans l'analyse de l'objet propre qui se trouve ici mis en lumière par la notion de sympathie.

⁸⁰ Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, Paris, Litec, 2013, 1500 p.

⁸¹ Voir par exemple Camille RIQUIER, « Bergson et le problème de la personnalité : La personne dans tous ses états », in *Personne et Ipsité, Etudes philosophiques*, avril 2007, p. 193 à 214. L'auteur note que pour BERGSON « [L'unité de la personne] se donne dans la pluralité de ses états ; son identité subsiste à travers leur succession ; sa durée réside dans leur continuité et sa liberté se manifeste par leur hétérogénéité », p. 200. En outre, BERGSON, dans *Les deux sources de la morale et de la religion* instigue bien la personne à réconcilier en elle le temps de la vie d'où elle vient et l'éternité de vie où elle va, prônant pour elle la réalité de ce qu'elle pourrait être.

⁸² Jean-Marc TRIGEAUD ; Antonio ROSMINI.

⁸³ Daniel GUTMANN, opus cité. La stabilité affective est la « condition, non seulement de l'accession normale à l'individualité, mais aussi de l'épanouissement du sentiment d'identité » p.69 Il ajoute plus loin que « la sollicitude du droit pour le maintien des relations affectives constitue la reconnaissance de son caractère essentiel pour la protection du sentiment d'identité » p.117. Si ces remarques sont faites à la suite de très nombreux travaux de psychologie (Maurice PRADINES M., *Traité de psychologie générale*, Paris, P.U.F, réédition en un volume, décembre 1986 [vol I 1943, vol II 1946, vol III 1946], 746, 657 et 477 p), elle a au moins le mérite de rappeler qu'elle ne vaut pas moins en droit (Farouk MECHRI F., *La signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1973, 470 p.).

⁸⁴ En effet, l'élément affectif semble être bien plus directement ce que le droit protège, quoiqu'il ne soit pratiquement jamais nommé, parce que perçu comme trop dangereusement subjectif pour être introduit dans ce milieu d'égalité que l'on voudrait arithmétique. Mais si l'on songe à la mésaventure du dieu mésopotamien Enki, mort d'avoir mangé la seule fleur à qui il n'avait donné de nom, il faut reconnaître que la subjectivité du sentiment est, et qu'en tant que réel indétronable on ne peut simplement la laisser de côté. Par ailleurs, si par le fait de nommer, on admet généralement qu'il existe une certaine volonté de domination, il faut aussi admettre que l'élément affectif est par nature rebelle à une telle domination quel que soit les classifications que l'on pourrait établir pour le cerner et que la loi ne serait que plus sage de ne point chercher à délimiter un tel sentiment. Admettre une telle vision serait cependant admettre que l'on ne peut tenter de remonter à la cause première de la responsabilité voulue au sein de la famille.

Introduction

Si vraiment un fait peut acquérir un statut juridique, c'est bien parce que la situation de fait suscite la sympathie, ou au contraire l'antipathie, et que l'idée s'impose par ce biais que la justice a le devoir de la faire entrer dans son champ. En matière de responsabilité civile, les débats sont, au sujet de cette transposition, particulièrement vifs, dès lors qu'il faut bien considérer les nouveaux modes de communautés familiales auxquels le droit est confronté de plus en plus fréquemment et avec de moins en moins de gêne, il faut le reconnaître au moins en pratique, tels que le concubinage, les relations entre personnes de même sexe ou les familles « recomposées », selon l'expression maintenant consacrée⁸⁵.

À cet égard, le rôle à accorder aux « tiers » qui vivent quotidiennement avec l'enfant est particulièrement discuté en droit français⁸⁶. En présentant une série d'articles consacrés à cette question, Dominique Fenouillet⁸⁷, ne manque pas ainsi de prendre acte des multiples significations que peut revêtir désormais cette idée d'un tiers, qui par définition ne peut être en droit que celui qui ne fait pas partie de la situation juridique examinée. Cet autre tient pourtant dans les faits une place dont on ne doit pas ignorer l'importance, au moins quantitative mais aussi parfois qualitative, auprès de l'enfant notamment, mais aussi auprès du ou des parents, que l'on s'attache à considérer sous cet angle le nouveau compagnon, ou par exemple une famille d'accueil. C'est ainsi qu'autour du tiers se cristallise l'insoluble paradoxe d'une personne qui est en dehors de la relation juridique considérée tout en y participant pratiquement.

Plus généralement, il n'est plus nouveau de dire que l'un des bouleversements majeurs qu'a connu le droit de la famille au cours du dernier siècle est celui qui porte sur le fondement des obligations qui le composent : alors que celui-ci était le lien familial lui-même, c'est désormais ce lien qui ne semble exister que parce qu'en amont les personnes se sont obligées l'une envers l'autre au gré de leurs affinités électives⁸⁸. La famille, en se tissant de

⁸⁵ Laurent LEVENEUR, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Dans les familles recomposées », in *Les Petites Affiches*, n°39, 24 février 2010, p. 11 à 14. Pour LEVENEUR, le terme « recomposé » signifierait bien que l'on crée une nouvelle entité familiale à partir des « morceaux » de deux autres familles désormais brisées. L'idée rejoint celle qu'avait déjà soutenue Elisabeth PAILLET dans sa thèse intitulée *Infidélité conjugale et continuité familiale*, Bordeaux, 1979, 672 p.

⁸⁶ Il est à noter que les pays d'Amérique Latine, le Brésil notamment, ont admis avec moins de difficultés un statut légal de beaux-parents.

⁸⁷ Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », in *Les Petites Affiches*, n°39, 24 février 2010, p. 8. Du même auteur et dans le même numéro de la revue, voire aussi « La parentalité en question : des fondements incertains », p. 25 à 31. Elle remarque ainsi que « le statut de tiers n'a longtemps suscité que peu de réflexions en droit de la famille. Mais il connaît depuis quelques années, un regain d'intérêt (...). C'est que sous le vocable neutre de « tiers », se trouvent notamment deux phénomènes, celui de la recombinaison familiale après dissolution d'une précédente famille, et celui de l'homoparentalité »

⁸⁸ C'est notamment ce que synthétise Bruno BERNARDI, « Impossible obligation ? », in *Conférence*, n°19, automne 2004, p. 75 à 106. « Ce qui a vraiment changé, c'est que le lien familial a basculé du lien nécessaire, porteur d'une obligation naturelle, à lien volontaire, porteur d'une obligation contractuelle. Ou, pour

relations moins nécessaires, se serait peut-être « banalisée », au sens où le droit pourrait y intervenir comme ailleurs, et cela semble corroboré en effet par le développement de nouvelles hypothèses de responsabilité juridique dans la famille. Ce qu'il y a d'apparemment paradoxal c'est que l'action plus grande de l'État dans le droit de la famille, qui n'est plus un domaine de pardon systématique ou obligatoire, et donc de « non-droit », contribuerait à une « féodalisation », pour reprendre Duguit⁸⁹, de ses rapports. Cela ne signifie pas tant que la pluralité des modèles familiaux est de mise, que surtout l'escamotage de la cohérence du droit à l'œuvre dans chacun de ces modèles où le plus fort pourra potentiellement imposer son droit.

39. La liste, non exhaustive⁹⁰, de ces nouveaux enjeux du droit de la famille est exemplaire en ce qu'elle montre bien que **sans le jeu d'un nouveau concept, tel que l'affect**, qui serait nouveau par l'emploi systématique qui en serait fait dans le domaine de la responsabilité familiale, **les chemins qui seront empruntés sont condamnés à creuser des fossés entre le fait et le droit qui ne devraient pourtant pas se quitter**. L'idée selon laquelle, dans la famille, le fait précède nécessairement le droit, a déjà été rapidement posée, mais il faut encore ajouter une remarque spécifique à la responsabilité. Elle est juridique avant

être plus exact (puisque le lien familial est sans doute un des plus anciennement institué), alors que le droit de la famille énonçait les obligations qui découlaient du lien familial, c'est désormais de l'obligation, et donc du libre engagement qui la constitue, qu'on attend la formation du lien et son maintien », p.102. L'auteur ne manque d'ailleurs pas ici de renvoyer à ce que disait déjà ROUSSEAU dans le chapitre II du livre I de son *Contrat social* : « La plus ancienne de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille. Encore les enfants ne restent-ils liés au père qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfants, exempts de l'obéissance qu'ils devaient au père, le père exempt des soins qu'il devait aux enfants, rentrent tous également dans l'indépendance. S'ils continuent de rester unis ce n'est plus naturellement, c'est volontairement, et la famille elle-même ne se maintient que par convention ». L'on voit comment la contractualisation de la famille renvoie nécessairement à une immixtion plus grande de l'État en son sein, dans la mesure où le droit intervient pour sanctionner un rapport contractuel ou quasi-contractuel, là où il ne pourrait qu'agir subsidiairement dans le cadre d'un rapport d'obligation naturelle.

⁸⁹ Judith ROCHFELD, « Contrat, Responsabilité, Parenté : un mélange détonant », RTD civ, avril-juin 2006, p. 395 à 402.

⁹⁰ La question de savoir si la multiplication, apparemment contemporaine, des problématiques mêlant directement l'affect à la responsabilité familiale, doit être déplorée ou applaudie suppose que plusieurs difficultés premières soient résolues. En effet, il est peut-être d'abord discutable que la question soit véritablement neuve, dans la mesure où le droit de la famille a toujours imposé au système juridique l'encadrant certains de ses particularismes (que l'on songe par exemple qu'en Inde aujourd'hui, le droit de la famille varie d'une communauté religieuse à une autre, qui en assume entièrement la réglementation !). Or, il semble assez net que ces originalités ne peuvent apparaître comme légitimes que si l'on admet que la famille elle-même est singulière. Cette singularité ne s'explique que par les liens qui unissent ses membres. Si il était entièrement vrai que la famille est protégée comme cellule de base de la société, alors il serait impossible de comprendre comment il se fait qu'elle soit assez souvent un lieu privilégié d'exception aux règles sociétales, et plus encore aux règles juridiques, et même encore aux règles de la responsabilité juridique. Une part importante du théâtre grec classique prouve bien que la famille est à la fois le modèle et l'anomalie de la responsabilité. Dans l'*Orestie* d'Eschyle se trouverait un modèle et dans le mythe de Médée le contre modèle. Aussi la famille est elle nécessairement différemment traitée par le droit, et la nouveauté des enjeux actuels n'est pas à rechercher ici. Ce qui est neuf, et qui du même coup suscite l'opprobre ou l'assentiment, pourrait bien être plutôt la façon dont cet élément affectif qui unit les membres de la famille est perçu. Notre travail, qui n'est pas un travail d'historien du droit, pourra peut-être néanmoins éclairer l'évolution subie par cet élément.

d'être morale⁹¹, mais même lorsqu'elle aura cessé d'exister au plan moral, elle conservera sa valeur juridique. D'autre part, elle touche au cœur même des relations familiales puisque l'engagement, voulu auprès d'une autre personne, puis envers un enfant, ne se réalise qu'en étant effectivement responsable, pour le passé mais aussi pour l'avenir. Que cet engagement emprunte les voies que lui assignent les institutions juridiques ou qu'il se construise initialement plus librement, le droit ne peut l'ignorer sous peine de commettre une injustice.

40. Il serait finalement possible de reconnaître que l'affect est un élément certes toujours « glissant » si l'on tente de le généraliser, mais néanmoins réel de la personne, **et le droit doit pouvoir le regarder objectivement.** Il peut alors comprendre et analyser le jeu de la responsabilité, concept dont on dit souvent qu'il a été juridiquement conçu pour les situations engageant deux étrangers (comme l'on fait remarquer de nombreux auteurs, il suffit pour s'en convaincre de relire l'article 1384 du code civil⁹²), dans les relations familiales. Ce qui distingue fondamentalement l'application particulière de la responsabilité civile ou pénale ici est à rechercher précisément dans l'existence d'un lien *antérieur et supérieur* à celle-ci, qui est une responsabilité morale ou affective et qui n'existe pas en principe lorsque le droit intervient pour exiger que l'on réponde de nos actes dommageables à autrui.

Section III. Hypothèses principales

41. L'objet de la recherche est bien de découvrir et d'isoler un objet du droit que le droit de la responsabilité familial ne conçoit pas comme tel. Ce nouvel objet qu'est l'affect, et il est de toute façon un fait inévitable de la situation familiale, qu'elle soit dérégulée ou apaisée, est en effet susceptible de dégager de nouvelles formes de la responsabilité, et d'éclairer certaines des difficultés particulières auxquelles il est confronté dans ce cadre. Ce faisant, il s'agit aussi de dégager une spécificité de la responsabilité appliquée à la famille.

⁹¹ Jean-Marc TRIGEAUD, « Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexion de synthèse », Revue trimestrielle Fides Quaerens, Naples 2010, 9 p.

⁹²François. CHABAS, « du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, P.U.S.S Toulouse, 1978, p. 291 à 303.

42. L'élément affectif est le fruit d'une subjectivité radicale. Les hypothèses qui seront celles que vise à démontrer ce travail peuvent se résumer ainsi : d'abord il s'agit de trouver une voie entre l'objectivisme et le subjectivisme par ce qui pourrait être nommé : la « subjectivité radicale »⁹³, expression d'un élément universellement original. C'est-à-dire que cette subjectivité propre à chaque *personne*, est un absolu, radical, et qu'il devient partant un élément de l'objectivité. Mais le concept de subjectivité radicale conduit également à sortir de l'intersubjectivité dans laquelle on tend à enfermer l'immatériel de l'homme, puisque son expression la plus pure, c'est-à-dire l'élément affectif, qui est parent de l'amour mais au niveau de son acception juridique, est le résultat d'une tendance et d'une attirance, qui s'actualise donc non seulement aux yeux du fameux spectateur impartial qui vit dans le monde, mais encore dans l'intimité de celui qui tend vers l'objet de son affection et qui est attiré par lui. L'affect est apte à traduire la présence de la personne dans une actualité que seul le contact avec l'autre est capable de lui faire sentir.

La question du subi et du voulu, de l'action et de la passion se trouve peut-être ainsi renouvelée par cette simple définition de l'affect.

43. Pour découvrir cet affect, qui est « manifestement caché », selon une expression employée par Heidegger⁹⁴, il est nécessaire de chercher à en déterminer les causes.

La philosophie se sert ainsi de la méthode des quatre causes, efficiente, matérielle, formelle, ou finale⁹⁵, pour connaître ses objets⁹⁶. Puisque les objets qui sont étudiés se dérobent, bien

⁹³ Cette expression avait déjà été utilisée par le mouvement situationniste,

⁹⁴ Martin HEIDEGGER, « La question de la technique », in *Essais et conférences*, Gallimard, Paris, 1958, p. 9 et s.

⁹⁵ ARISTOTE, *Métaphysique*, Marie-Paule Duminil et Annick Jaulin (trad.), Flammarion, Paris, 2008, 495 p. Voir notamment III, 983, a26-7 ; V, 2, 1013, a-b ; VII, 8, 1033, a. Cf. également, Emile BREHIER, « Aristote et le lycée », in *Histoire de la philosophie*, Quadrige, P.U.F, 2^{ème} édition, Paris, 2012, 1790 p. Ainsi que, pour des études plus particulières Michel BASTIT, *Les quatre causes de l'être selon la philosophie première d'Aristote*, Vrin, Paris, 2002, 420 p. ; Jacques FOLLON, « Réflexions sur la théorie aristotélicienne des quatre causes », in *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 86, n°71, 1988, p. 317 à 353, consulté sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0035-3841_1988_num_86_71_6508. Follon pose très clairement l'idée selon laquelle si la théorie de la cause d'Aristote a été vivement contestée, c'est parce qu'elle a été mal comprise : en effet, « C'est qu'avec la naissance de la science mécaniste, à la Renaissance, le concept de cause a pris le sens d'une chose possédant une « vertu » capable de produire un effet, alors que pour Aristote le mot « cause » désignait essentiellement tout facteur expliquant l'existence d'une chose ou d'un événement », p. 345.

⁹⁶ Cette méthode « est censée révéler l'essence de la chose que nous cherchons. Nous la cherchons parce que même si nous la percevons elle est « manifestement cachée ». En fait, la causalité permet de « produire » une chose, un objet afin que nous puissions mieux l'observer ». *Ibidem*. Pour une mise application pratique et récente à propos de la recherche d'une unité dans les droits de la personnalité, voir Alexandre ZABALZA, « Philosophie

qu'il soit possible de les percevoir, les inscrire dans une causalité qui puisse être appréhendée par l'esprit permet de les saisir et ce faisant d'en faire de véritables objets d'étude.

L'affect semble être typiquement de ces objets qui se cachent évidemment, puisque nul ne peut douter de son existence, en même temps qu'il est impossible de douter de son caractère fuyant⁹⁷. En l'analysant, le double risque de le rendre entièrement intellectuel d'une part et abstrait d'autre part est couru. C'est pourquoi la recherche menée par le moyen de la découverte de sa place dans des liens de causalité semble être la meilleure possible, car capable à la fois de le rendre tangible, et de ne pas en diminuer la singularité.

Ainsi donc une thèse visant à l'analyse de l'affect et de la responsabilité dans la famille se doit d'user de ce moyen pour découvrir la consistance de l'affect dans la responsabilité familiale.

44. L'élément affectif et la responsabilité intra familiale se mobilisent sur deux pôles : entre causation et autonomie. Ensuite, il s'agit de montrer que l'élément affectif et la responsabilité peuvent entretenir d'une part des relations de causation, comme cela s'observe dans les mécanismes de la responsabilité civile. D'autre part, l'affect et la responsabilité peuvent également apparaître comme des entités distinctes au point que la découverte de l'un mettra en défaut les principes de l'autre, comme lorsque l'engagement d'une responsabilité pénale se trouve modulée par les liens affectifs familiaux.

La responsabilité est un mécanisme qui vise la protection d'un droit ou du droit. Dès lors que l'élément affectif est visé, on peut remarquer qu'il est soit l'objet de la valeur garantie par la mise en œuvre d'une responsabilité juridique, soit la valeur qui perturbe l'application de la responsabilité parce que le droit qu'elle protégeait doit s'incliner devant celui qui est fondé sur l'affection. Mais dans cette seconde hypothèse, il faut encore remarquer qu'alors, au-delà de la perturbation d'un mécanisme « normal », la responsabilité aménagée est encore un moyen de protéger un élément affectif jugé supérieur. Tandis que dans le premier cas l'élément affectif est juridiquement compris et intégré dans le système

juridique des droits de la personnalité », in *Droits de la personnalité*, Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), Litec, Paris, 213, p 1 à 54, et spécialement n°6 et s.

⁹⁷ Il y a là un véritable mystère, au sens que Gabriel MARCEL donnait de ce terme, selon Roger TROISFONTAINES R., « Gabriel Marcel », *Les grands courants de la pensée mondiale contemporaine*, Milan, Marzorati, 1964, p. 965 à 989. L'affect a bien « l'air de vouloir dire quelque chose », d'avoir un secret à révéler, sans qu'il soit permis pourtant de percer ce secret. Cf. Raymond RUYER, « L'expressivité », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 69 à 100.

légal, il est dans le second cas une valeur a-juridique, autonome, dont les lois ne doivent justement que respecter cette autonomie.

45. Chacune de ces deux hypothèses implique une série de questionnements propres : lorsque la responsabilité est un mécanisme qui sert à garantir un élément affectif que le droit peut comprendre, un affect vecteur et porteur d'une norme qui a sa place dans le système juridique global, une affection qui permet de découvrir le droit et le juste, alors il faut se demander comment il est défini, puisqu'il l'est nécessairement dans ce cas de figure, par le droit de la responsabilité qui le dessine en quelque sorte en négatif, en creux, par la succession des comportements qu'il condamne. Au contraire lorsque l'élément affectif s'oppose aux lois de la cité, lorsqu'il échappe à une définition, même négative dans le domaine juridique parce qu'il est le lieu où la personne prime existentiellement, même dans l'illégalité, alors il faut se demander comment on peut concilier cette autonomie radicale avec un système juridique.

Comment l'affect peut-il devenir une exception signifiante, et dans une telle optique, comment comprendre la répression du crime passionnel ? En effet, cette question est nettement détachée de celle des cas dans lesquels par exemple un parent qui aura caché son enfant criminel ne sera pas responsable aux yeux du droit, puisque le criminel passionnel engage sa responsabilité, mais celle-ci n'est pas aggravée par le fait que la violence ait été commise sur celui ou celle qu'il se devait d'aimer et de protéger. Et si elle est amoindrie, si l'on peut faire preuve à son égard d'une plus grande indulgence, ce n'est certainement pas parce que l'on reconnaît dans son crime un comportement à valeur normative, répondant à une exigence plus grande que celle que lui imposait le droit. C'est bien plutôt parce qu'on estime qu'il était aveuglé, et que sa conscience était troublée par les sentiments qui l'ont envahi.

46. La méthode de recherche employée sera celle, déjà bien usitée en philosophie, mais dans un champ souvent métaphysique⁹⁸, qui n'est pas d'ailleurs totalement absent de notre étude puisqu'elle touche aux sentiments humains, esthétiquement perçus, de la distinction de ce qui est à l'origine mêlé, mais pour mieux reconquérir ensuite l'unité.

⁹⁸ Cf. les pensées dialectiques de S. THOMAS, de RAVAISSON, de SIEWERTH et de son commentateur Emmanuel TOURPE (notamment dans *Siewerth « après » Siewerth, Le lien idéal de l'amour dans le thomisme spéculatif de Gustav Siewerth et la visée d'un réalisme transcendantal*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque philosophique de Louvain, n°49, éditions de l'institut supérieur de philosophie de Louvain-La-Neuve, 1998, 466 p., entre autres.

Ainsi l'enjeu sera-t-il dans un premier temps de classer et d'ordonner les responsabilités intrafamiliales selon les implications de l'élément affectif sur elles, afin de pouvoir en proposer une typologie. Dans un second temps, la dialectique qui a été dictée par l'objet de cette étude devra mener à des analyses synthétiques de chacune des catégories identifiées, lesquelles devraient être propres à fournir les clés de compréhension de la valeur affective de la responsabilité qui s'exerce au sein de la famille.

Cette méthodologie est bien la seule en effet qui puisse s'adapter aux exigences de notre objet, si unique et si concret, mais en même temps forme ultime d'une universalité radicale entre les personnes humaines. Il est donc nécessaire, pour ne pas sombrer dans l'écueil qui serait, peut-être ici plus qu'ailleurs, tragique, du génériscisme abstrait et vide, dont la froideur viderait littéralement le sens d'une étude de l'affect en tant qu'élément propre à éclairer la responsabilité qui unit les membres d'une même famille, de commencer par affronter le caractère concret des situations dans lesquelles vivent les familles, pour en dégager de façon inductive l'unité. Que le cheminement pratiquement casuistique de la pensée que cette démarche a imposée soit pardonné.

Il faut encore ajouter que les jurisprudences analysées sont bien souvent des cas limites, exceptionnels, mais en cela valables à nos yeux. Il ne s'agit pas de construire avec si peu de matériaux un système complet, mais plutôt de montrer par ces exceptions, qui auront vu les familles se déchirer ou s'unir, comment des leviers peuvent être découverts pour saisir les charpentes invisibles de ce système.

Problématique et annonce du plan :

47. Il s'agit de déterminer si l'affect, en tant qu'élément spécifique et qu'objet nouveau de la responsabilité familiale, a une place dans le système de cette responsabilité, et si cette place peut être révélatrice des critères de l'affect. Alors qu'il est actuellement confondu et réduit à d'autres concepts ou notions, l'affect peut-il, une fois conquise son autonomie, éclairer sous un jour différent les difficultés auxquelles est confrontée la responsabilité lorsqu'elle doit trancher des litiges dont la nature est appelée au fond à rester mystérieuse⁹⁹ ?

⁹⁹ C'est un mystère au sens de Gabriel MARCEL, comme il l'expose par exemple dans *L'homme problématique*, Paris, Aubier, 1995, 244 p.

Introduction

L'affect ne peut qu'avoir une place à la condition que soit démontrée sa compatibilité avec la responsabilité, ou plutôt sa capacité à être conçu par elle. S'il est effectivement tel, alors il devrait apparaître comme élément fondateur de certaines de ses manifestations dans la famille. Mais il se peut également que ce rôle soit doublé d'une fonction plus perturbatrice, en ce que les critères habituels de la responsabilité peuvent se trouver troublés par son existence dans la famille. Ainsi, la démonstration de la présence d'un tel élément affectif et son effectivité dans la responsabilité familiale passe-t-elle d'abord par la recherche de sa fonction motrice (Première partie), puis par celle de sa capacité perturbatrice (Seconde partie).

PREMIERE PARTIE : L'AFFECTIF MOTEUR DE LA RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE

48. En premier lieu, il faut admettre que ce qui relève de l'affectif n'a apparemment pas lieu de déboucher sur une responsabilité juridique. Si celle-ci repose sur une faute ou un dommage, on peinera en effet à qualifier l'intentionnalité de la faute affective, qui ne sera peut-être pas juridiquement imputable. De même, l'affectif pourrait s'opposer à ce que soient qualifiées la nature ou l'étendue exacte du dommage, qui deviennent en la matière un déterminant bien plus lourd qu'ailleurs, et diffus dans l'existence de celui qui s'en trouve victime.

C'est ainsi que l'affect joue dans la responsabilité, qui s'exerce déjà apparemment avec peine au sein de la famille, un rôle plus évident d'excuse ou d'immunité que de critère. L'élément affectif serait un élément soustracteur de responsabilité juridique. Tout se passe comme s'il existait une incompatibilité essentielle de l'affection impondérable et de la logique des équivalences de la responsabilité.

49. Et pourtant, l'on retrouve bien des mécanismes qui ne sont pas sans évoquer la responsabilité, ou qui du moins semblent utilisés pour répondre aux mêmes fins et en usant de moyens analogues, pour sanctionner certaines « fautes » familiales. Le nom de responsabilité n'est pas employé, sans que l'on puisse toujours dire avec certitude si c'est là l'expression d'une valeur consciente et efficiente à défendre ou bien si c'est effectivement un des nouveaux visages que tend à prendre la responsabilité, sachant qu'elle risque toujours de tomber en déliquescence à mesure qu'elle s'étend.

50. D'un autre côté, il n'est pas interdit d'imaginer que l'élément affectif puisse aussi tenir une place plus en amont de la responsabilité. En clair, même en considérant bien les affres dans lesquels l'affect plonge la responsabilité lorsqu'il entre en jeu au moment où un mal est fait, il demeurerait possible de se tourner vers le moment où encore aucun dommage n'est causé, mais où pourtant se tient déjà devant chacun un répondant, pour lequel l'engagement fait sens avant que d'être éprouvé.

Dans ce rôle l'élément affectif pourrait devenir fondateur ou au moins causal dans l'explication de ce qui justifie que la responsabilité soit bien engagée ensuite, alors même qu'elle paraît s'effacer par principe dans les relations familiales.

51. L'élément affectif paraît ainsi en fait pouvoir motiver de différentes façons les mécanismes de la responsabilité qui interviennent dans la famille. Il intervient en effet parfois comme une cause finale, lorsqu'il désigne un but à l'engagement que prennent des personnes l'une envers l'autre. Il acquiert alors une valeur explicative dans le déroulement de la responsabilité.

Mais il est aussi une cause matérielle de la responsabilité lorsque c'est à partir de lui que différents régimes s'organisent, en considération d'une pluralité de situations qu'il soutend.

52. Il fallait donc voir pourquoi la responsabilité se trouve parfois bel et bien engagée entre alliés ou entre parents (Titre II), alors même que ces situations semblent tout à fait extraordinaires dans un système où l'affect est perçu comme une raison d'irresponsabilité. Il était, dans ces circonstances, nécessaire de montrer avant tout que l'affect peut se trouver impliqué dans la responsabilité lorsqu'elle lie les membres d'une même famille (Titre I).

TITRE 1. IMPLICATION DE L'AFFECT

DANS LA RESPONSABILITE FAMILIALE

53. L'élément affectif est *a priori* un objet que le droit n'a pas à cerner, notamment parce qu'il ne peut le concevoir comme un élément dont les frontières seraient assez actuelles pour servir de repères à la matière juridique¹⁰⁰. Et il est vrai dans une large mesure que l'affection qui se déploie dans la famille sert souvent de rempart entre ceux qui en font partie et les relations de responsabilité juridique et rétributive qui se trament en dehors d'elle. L'affect endosserait alors un rôle de répulsif, qui motive sa dissociation d'avec la responsabilité. Les relations familiales seraient ainsi en principes marquées d'une gratuité fondamentale qui ne serait pas conforme aux équivalences que l'on établit nécessairement dès lors que l'on cherche à réparer ou à sanctionner juridiquement.

La recherche d'une implication de l'affect dans la responsabilité devrait, s'il en était ainsi, se clore sur le constat de son inexistence essentielle. Or, sans s'en tenir aux préconçus de l'affect et de la responsabilité, l'approfondissement des principes de ces deux termes conduit plutôt à l'idée d'une possible conciliation. Quoique celle-ci n'ait effectivement rien d'automatique, puisqu'il ne s'agit pas de confondre deux concepts dont les mouvements diffèrent, elle demeure en fait potentiellement présente dans chaque situation familiale (Chapitre 1).

54. Le caractère implicite de la présence de l'affect dans les responsabilités mises en œuvre dans la famille peut d'ailleurs s'atténuer quelque peu, en passant d'un accord de principe entre les logiques affectives et les logiques responsables, à leur coordination de fait.

¹⁰⁰ C'est là une motivation pratique, mais il existe aussi une motivation d'exclusion de l'affect du champ juridique liée à l'idée d'une forme de supériorité de l'affect. En tant qu'élément moral et humain, il relèverait d'une autre sphère. Cette seconde idée peut être adoptée par une pensée positiviste, qui, en feignant de respecter l'affect, le relègue dans une zone où il ne peut plus être saisi. Cela n'élimine pourtant pas les problèmes qu'il pose effectivement. Dans la famille, il est *de toute façon* présent.

Car en effet, et cela constitue bien une problématique forte du droit de la responsabilité tel qu'il se présente aujourd'hui¹⁰¹, sous d'autres visages, on croit pouvoir souvent reconnaître des mécanismes de responsabilité qui sont inévitables au moment où un drame, plus ou moins fatal, advient dans la famille. Elle n'est pas une zone de non-droit où les abus ou les manques ne seraient pas sanctionnés. On doit alors s'interroger sur le sens de ces voies qu'emprunte le droit pour rééquilibrer une situation, et sanctionner celui qui est responsable, tout en sachant qu'il ne les balise pas nécessairement comme des voies de responsabilité. De cette façon, l'affect motive l'application « adaptée », ou spécifique d'un mécanisme généralement propre aux relations familiales. Sa présence est alors effective dans les responsabilités familiales (Chapitre 2).

¹⁰¹ Cf. Mireille BACACHE-GIBEILI, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, Traité de droit civil, Christian Larroumet (dir.), Paris, 2ème édition, Economica, 2012, 968 p.

Chapitre 1. POTENTIALITE DE L’AFFECT DANS LA RESPONSABILITE FAMILIALE

55. « L’amour et la raison sont ennemis jurés », avait relevé Corneille¹⁰², suivant ainsi la trame de toute tragédie. Tel est bien le reflet de la croyance selon laquelle l’affect serait dépourvu de rationalité, ou du moins dépourvu de la même rationalité que celle qui préside aux décisions sereines et clairvoyantes, telles que doivent être celles de la justice. Les personnages des tragédies cornéliennes sont ainsi pris dans l’inextricable filet de leurs devoirs et de leur honneur, qui toujours les contraignent à aller à l’encontre du flot de leurs sentiments. Au-delà de l’incroyable ressort dramatique qu’offre cette opposition de l’affection et de la raison, il ne peut être nié que l’expérience quotidienne offre de multiples exemples, qui sont peut-être des preuves, de leur incompatibilité.

En se penchant sur la valeur de cette expérience, Kant¹⁰³, Descartes¹⁰⁴ ou Hume¹⁰⁵ ont chacun pu conclure à une distinction des domaines de l’émotion et de la raison. D’autres, au nombre desquels Hegel¹⁰⁶, n’ont pas manqué dans cette distinction de redonner à l’affect, et même à la passion, leur capacité à être un bien pour la raison, mais sans nier que les deux ordres soient distincts. Que l’on donne à la raison le but de maîtriser les affects, ou celui au contraire d’être guidée par eux, il s’agit dans les deux cas de penser deux sphères distinctes. Dans la première interprétation, l’élément affectif est purement et simplement irrationnel. Dans la seconde, il acquiert une forme de rationalité à part.

56. De ces deux propos, il n’est pas certain que celui qui exclu toute possibilité pour l’élément affectif de se concilier avec la raison soit le plus nuisible à sa définition et à son usage juridique. Dans la mesure où l’idée d’une irrationalité totale peut-être

¹⁰² Dans *La veuve*, Acte II, scène 3.

¹⁰³ Immanuel KANT, *Anthropologie d’un point de vue pragmatique*, Michel Foucault (trad.), Vrin, Paris, 2008, [1800], 267 p. « Dans l’émotion, l’esprit surpris par l’impression perd l’empire de soi-même », § 74.

¹⁰⁴ René DESCARTES, *Les passions de l’âme*, Bibliothèque de philosophie, Hatier-Boivin, Paris, 1955, [1649], 165 p.

¹⁰⁵ David HUME, *Traité de la nature humaine, Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Tome II, Traduction et préface d’André Leroy, Aubier-Montaigne, Paris, 1973, [1739], 766 p.

¹⁰⁶ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *La raison dans l’histoire*, Kostas Papaioannou (trad.), 10-18, Paris, 2003, [1830], 312 p. Voir spécialement p. 105 et s.

certainement plus aisément invalidée, c'est bien celle d'une forme de rationalité différente de l'affection qui pourrait porter l'atteinte à la plus lourde à l'appréhension en droit de cet élément¹⁰⁷. La distinction devient, en ce cas, plus forte, puisque la communication des deux sphères affectives et raisonnables serait entravée par l'existence d'un monde propre pour chacune.

La reconnaissance d'une fonction de l'affect dans la responsabilité, qui doit être regardée comme un mécanisme raisonnable, passe pourtant par la possibilité d'une telle communication. Il faut donc rechercher des traces de son existence, à moins qu'il soit en fait impossible de distinguer deux sphères, et que l'affect soit mêlé à la rationalité¹⁰⁸.

57. De l'éclaircissement de la nature des liens qu'entretiennent l'affect et la rationalité, doit ressortir un rapport spécifique de l'affect et de la responsabilité. En tant qu'élément essentiellement rebelle à la détermination d'une qualité et d'une quantité, il faut effectivement noter que l'affect ne relève pas du même mouvement que la responsabilité qui équilibre, ou rééquilibre, deux situations, en postulant que des équivalences peuvent être faites. Néanmoins, il peut être un vecteur de détermination du sens de l'équilibrage à établir, en étant un moyen de communication entre la responsabilité morale et la responsabilité juridique.

58. Ainsi, si la question de l'incompatibilité de l'affection et de la raison est bien un problème cornélien, dont la difficulté provient de ce qu'il existe en fait précisément un lien continu entre elles (Section 1), la question de l'existence de deux ordres distincts est plus ou moins imperméables l'un à l'autre renvoi à l'existence d'un conflit, certes contingent mais bel et bien actuel, entre la responsabilité morale et la responsabilité juridique (Section 2).

¹⁰⁷ Cette hypothèse est en fait celle qui sous-tend les idées des romantiques, qui finissent par relever d'un positivisme tronqué. Voir STENDHAL, *De l'amour*, Gallimard, Paris, 1980, [1822], 564 p. L'auteur y reprend les idées d'HELVETIUS.

¹⁰⁸ Robert LENOBLE, « Le rôle du contact affectif dans la connaissance rationnelle », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 101 à 120.

Section I. Affect et mise à distance de la rationalité

59. La rationalité doit être définie comme une forme de causalité typiquement humaine, qui fait de la raison l'instigatrice de nos mouvements dans le monde. La rationalité est donc une manière de saisir notre monde d'après la raison et de s'y conduire¹⁰⁹. La rationalité implique que l'explication soit toujours accessible, à celui qui agit, comme peut-être aussi à ceux qui le verraient agir. Lorsque Corneille oppose sentiments et raison, il songe justement à ce fait que l'affect semble déjouer ces explications de type logiques, tout en faisant alors supporter à ses personnages le poids d'un déterminisme tragique¹¹⁰.

L'élément affectif serait ainsi en même temps inaccessible à la raison, et donc inexplicable, et en même temps absolument déterminant. En somme, il serait pratiquement une détermination d'un autre monde, puisqu'il n'est en tout cas pas prévisible par la déduction logique humaine. C'est ainsi aussi que dans les grandes tragédies, les affections humaines sont inmanquablement troublées par le jeu de quelques puissances supérieures. Le mystère affectif serait inatteignable pour la rationalité.

60. A l'analyse, il s'avère que **cette inaccessibilité de l'affect au raisonnement, se décompose en deux points qui constitueraient ensemble la rationalité** : la volonté d'une part, puisque c'est sur elle qu'est censée se fonder une action réfléchie et consciente (Sous-section I), et la liberté d'autre part, dans la mesure où si un choix rationnel peut être contraint, un choix responsable ne peut en principe pas l'être (Sous-section II).

¹⁰⁹ Une définition de la raison et de la rationalité mériterait évidemment une étude bien plus approfondie, mais, pour l'heure, il paraît raisonnable de s'en tenir à cette définition rapide et issue largement d'Étienne Gilson, dans *L'esprit de la philosophie médiévale*, Vrin, Paris, 1932, 297 p. Ce sont notamment ses analyses sur la notion de libre arbitre, dans les relations qu'il dévoile entre volonté et liberté qui seront employées ici, p.100 et s. Pour une définition plus précise, on peut également renvoyer à Sylvain AUROUX, *L'encyclopédie philosophique universelle*, les notions philosophiques, Tome 2, dans lequel il est indiqué que : « La rationalité est liée au fait que la démarche rationnelle prend la raison pour fin, une raison conçue comme une façon de vivre et d'aménager le monde. Abstraitement, la rationalité suppose : I) la consistance (la non-contradiction) de la démarche qui construit la représentation du réel et des fins de l'action ; II) l'autonomie de la raison par rapport à tout autre principe susceptible de la transcender (autorité, passion, révélation, sensibilité) ; III) l'intelligibilité du réel, c'est-à-dire le fait que l'ordre total de l'Être puisse être représenté rationnellement ; IV) l'universalité, c'est-à-dire IVa) la non-restriction à un sous domaine de l'Être et IVb) la non-restriction à un sous ensemble de sujets. A première vue, la notion semble donc impliquer V) l'unité de la raison et VI) la nécessité. », p.2162.

¹¹⁰ Serge DOUBROVSKY, *Corneille et la dialectique du héros*, Bibliothèque des idées, NRF, éditions Gallimard, 1963, 588 p.

Sous-section I. ELEMENT AFFECTIF ET VOLONTE

61. Lorsque'un choix est regardé comme étant le fruit de la rationalité, il est **entendu qu'**avant même d'être mesuré, adapté et efficient, **il est volontaire**. Comme un degré supérieur de la conscience, la volonté marque une forme d'appropriation de l'action par celui qui la commet. C'est bien ainsi d'ailleurs que le droit l'appréhende, sous le jour d'une responsabilité civile ou pénale, lorsqu'il cherche à déterminer le caractère volontaire de l'acte dommageable ou illicite. Pour être parfaitement responsable, il faut avoir voulu l'acte, si ce ne sont même ces conséquences néfastes.

Par cet aspect déjà, l'implication de l'affect dans les mécanismes de la responsabilité pourrait être remise en cause, dès lors que l'affection peut être perçue comme un obstacle de la volonté. Pour la troubler, l'affection peut l'obscurcir en lui masquant les effets des actes qu'elle initie, soit au contraire la cristalliser en lui infligeant une forme de démesure¹¹¹.

62. Afin de déterminer si l'élément affectif est bien susceptible de jouer un rôle dans les responsabilités qui s'exercent dans la famille, **il faut donc d'abord chercher à savoir si l'affect peut se concilier la volonté**. Sans qu'il soit utile d'aller trop avant dans l'étude de la volonté, ni sans se perdre profondément dans ses méandres sur lesquels nombre de philosophes¹¹² ont navigué, il est néanmoins nécessaire d'en cerner un peu les abords, pour ce qu'ils ont d'immédiatement comparables à ceux de l'affect (Paragraphe 1).

Tous les courants philosophiques n'aboutissent pas à une rupture nette de l'affection et de la volonté, et c'est pourquoi, au seuil de cette analyse, il est déjà possible d'anticiper sur les rapports implicites que ces deux concepts peuvent entretenir. Plus précisément, c'est Fichte¹¹³ qui est apparu comme l'un des philosophes les plus représentatifs de ce courant de l'idéalisme qui a cherché, quitte à se heurter sur quelque hiatus, à faire se rencontrer la

¹¹¹ C'est bien ainsi que STENDHAL a présenté les choses, op. cit.

¹¹² Pour une présentation générale, voir Victor COUSIN, *Cours de l'Histoire de la philosophie moderne*, Tome II, Ladrangé, Didier, Paris, 1847, 359 p. Voir surtout p. 319.

¹¹³ Johann Gottlieb FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, Quadrige, PUF, Paris, 1998, [1796-1797], 418 p.

volonté propre d'un sujet et l'existence d'un autre. Sans que les solutions alors proposées puissent être présentées comme infaillibles, elles peuvent néanmoins démontrer de quelle manière implicite l'affect peut se mêler à la volonté (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La césure de l'affect et de la volonté

63. L'affect ne peut avoir de place dans la responsabilité familiale qu'à la condition de ne pas s'opposer à la volonté. Traditionnellement, l'affect est opposé de deux façons à la possibilité de l'exercice rationnel de la volonté. Il a pu être regardé comme une simple perception, à partir de laquelle la volonté n'a au mieux qu'à s'imposer. En ce cas, l'élément affectif est l'expression d'une forme d'animalité de l'homme, qui ne relève pas encore de la conscience (I). L'affect a pu aussi être perçu comme une passivité pure, s'opposant au mouvement actif volontaire. Cette idée plus moderne fait de l'affect le lien nécessaire de l'Homme au monde dans lequel il vit, et ne peut donc l'exclure complètement du processus volontaire (II).

I. L' AFFECT COMME SENSATION

64. La vie affective exclut apparemment la volonté. Quoiqu'il ne soit pas ici question de revenir sur une opposition tronquée entre raison et sentiments, ou, depuis la philosophie cartésienne, entre le corps et l'âme, puisqu'il en a déjà été question plus haut¹¹⁴ pour affirmer que l'élément affectif qui est ici à l'étude n'est ni réductible à la sensibilité, ni réductible à un mouvement de l'âme privée de sa raison, il demeure certes que les relations qu'il entretient avec la volition sont plus problématiques.

¹¹⁴ Cf. introduction.

Il est pratiquement banal de dire que l'affect, en tant qu'élément de la « partie sensitive »¹¹⁵ de l'homme, est un mouvement de l'esprit relatif, qui s'oppose à un absolu de l'homme qui résiderait entièrement dans l'exercice de sa volonté et de son intellect. Les relations de l'affect et de la volonté ont été perçues, jusqu'aux premières découvertes de la psychologie, majoritairement comme relevant de deux mondes séparés, s'opposant l'un à l'autre. Et dans cette lutte, ce fut souvent la volonté qui devait être désignée comme le vainqueur moral de cette lutte¹¹⁶. Dans cette représentation, la volonté et le libre arbitre de chacun ne s'exercent qu'indépendamment des motions affectives. Soit la volonté est l'instigatrice d'un comportement qui est donc considéré comme entièrement rationnel, soit elle consent, d'un peu plus haut en quelque sorte, à suivre un mouvement affectif, qu'elle accrédite alors comme instance supérieure et valide en toute conscience¹¹⁷.

En dehors de ces hypothèses, l'affect pur est alors souvent ramené à la satisfaction de besoins ou de penchants, qui s'accomplirait sans que la volonté ne soit mobilisée, ou même malgré elle¹¹⁸. Il s'agit bien alors d'opposer une volonté émanant de l'intérieur d'une conscience à un élément affectif extérieur, exerçant sa pression sur le moi. En ce sens, il est clair que l'affect ne peut jamais être voulu, ce qui soulève un grave problème de compatibilité entre lui et la responsabilité qui suppose en principe que l'acte dont il faudra répondre soit imputable à son auteur.

De cette opposition entre un affect extérieur, envahissant la conscience, et une volonté intérieure qui s'exprime en se manifestant, il faut dire qu'elle n'est plus nulle part admise sans nuance.

¹¹⁵ Francisco VITORIA, *Leçon sur l'homicide*, présentation et traduction par Jean-Paul Coujou, Dalloz, Paris, 2009, [1529], 97 p. « (...) l'homme est homme précisément parce qu'il est rationnel, et non parce qu'il est sensible. L'inclination de l'homme, dans l'absolu, est l'inclination de l'homme comme tel, c'est-à-dire une inclination de la volonté et de l'intellect, et non de la partie sensitive qui n'est pas l'inclination de l'homme en tant que tel, elle n'est pas absolue, mais relative. », p. 56.

¹¹⁶ Contra. Robert LENOBLE, « Le rôle du contact affectif dans la connaissance rationnelle », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 101 à 120. L'auteur montre très bien les défaillances d'une telle analyse. « On se retrouve alors devant ces puissances pures que seraient la raison, la volonté, l'affectivité, et l'on suit les luttes qu'elles soutiendraient entre elles comme les phases dramatiques d'une noomachie », p. 101.

¹¹⁷ Charles RENOUIER expose notamment cette idée dans un article paru dans sa revue *Critique Philosophique* en 1873. Il y oppose amour et justice, en plaçant la raison du côté de la justice. Cité par Gabriel MADINIER, *Conscience et Amour, Essai sur le « Nous »*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F, deuxième édition, Paris, 1947, p. 26 est.

¹¹⁸ Pour DESCARTES, le rôle de la volonté est bien de dépasser ou d'écarter les errances que supposent les passions en particulier et la vie affective en générale. René DESCARTES, *Les passions de l'âme*, Bibliothèque de philosophie, Hatier-Boivin, Paris, 1955, [1649], 165 p. Cf. surtout p. 29 et p 39 sur ce point.

65. Entre cette position ancienne d'une césure nette entre affect et volonté, et les analyses plus modernes qui ont été posées, il faut signaler la position de Hume¹¹⁹, qui fait de la volonté une passion¹²⁰. L'empirisme tel qu'il a été développé par Hume, fait de la volonté une impression consciente liée à une passion, c'est-à-dire, dans son langage, à un sorte d'affect¹²¹. De cette manière, le conflit entre affect et volonté semble résolu, puisque le premier est une condition, et même plus précisément une cause, à ce titre nécessaire, de l'autre.

L'impression affective qui est consciemment reçue par la volonté est l'élément qui doit forcément la déterminer. La première est à telle point la cause de la seconde que dans l'empirisme de Hume, la volonté est soumise à ce qu'il nomme la passion et est entièrement déterminée par elle, faisant ainsi disparaître la possibilité même de la liberté¹²². Dans cette visée, l'expérience qui inscrit l'homme dans le monde passe donc par des impressions qui sont bien de nature affective, et qui font naître la volonté, mais en la subordonnant à elles.

Sous cette réconciliation apparente de la volonté comme « réalité »¹²³ et des affects comme passion, c'est une opposition d'une nature plus difficilement surmontable qui émerge alors peut-être, dans la mesure où l'affect est alors regardé comme une matière à partir de laquelle et sur laquelle la volonté s'exerce. L'opposition ne se trouve finalement que renversée, dans une domination totale accordée à l'affect.

66. Puisque cette voie se clôt sur une impasse de la conciliation de l'affect et de la volonté, il faudrait en explorer une autre, qui a fait de l'affection une passivité.

¹¹⁹ David HUME, *Traité de la nature humaine, Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Tome II, Traduction et préface d'André Leroy, Aubier-Montaigne, Paris, 1973, [1739], 766 p.

¹²⁰ Hume définit la volonté comme une passion directe, qui est « l'impression interne que nous ressentons et dont nous avons conscience, quand nous engendrons sciemment un nouveau mouvement de notre corps ou une nouvelle perception de notre esprit ». *Idem*, p. 507. Plus loin, il ajoute que : « La volonté s'exerce quand le bien ou l'absence de mal peuvent s'atteindre par une action de l'esprit ou du corps », p. 551.

¹²¹ Pour Hume, la passion est une impression. Ce terme ne recouvre donc pas exactement l'affect tel qu'il a été défini dans l'introduction de ce travail (cf. *supra*, p.), mais il fait de la passion et de l'affect des parents, au sens où ces deux termes renvoient à une attache de l'homme à son existence dans le monde.

¹²² « La raison est, et elle ne peut qu'être, l'esclave des passions ; elle ne peut prétendre à d'autre rôle qu'à les servir et à leur obéir ». *Idem*, p. 524.

¹²³ L'emploi de ce terme est lié au langage retenu par Hume lui-même, pour qui tandis que la raison relève du monde des idées, la volonté appartient au monde des réalités. *Idem*, p. 522 et s.

II. L' AFFECT COMME PASSIVITE

67. De façon moins classique enfin, mais non moins radicale en fait, **l'affect est plus volontiers aujourd'hui opposé à la volonté par le biais de l'idée d'une passivité**, dans la droite ligne de ce que l'empirisme avait proposé. S'il est désuet de nier le rôle des affects dans la formation au moins de la volonté, il n'en reste pas moins courant de continuer à séparer les deux domaines, en faisant de l'affect un élément irrationnel et entièrement subi. En effet, des auteurs¹²⁴ ont montré que l'affect, en tant que passivité d'un sujet par rapport à un objet qui lui est extérieur, s'imposait à lui, le privant ainsi de la liberté de choix que suppose l'exercice de la volonté¹²⁵. Dans la mesure où l'affect correspond à un mouvement suscité par un objet qui aura *touché* le sujet, ce dernier ne peut plus être la source de sa tendance.

En ne faisant que répondre à un appel, qui se pare peut-être de certains atours de l'irrésistibilité, la personne perdrait ainsi l'initiative de son élan. Sa volonté, alors, ne pourrait qu'au mieux consentir, ou assister impuissante à une action qu'elle condamne, mais serait presque davantage portée à ne pas sentir consciemment ce qu'elle fait. Celui qui agit sous l'impulsion et l'influence de ses affects serait donc celui qui ne sait pas ce qu'il fait. Dans ces conditions, la responsabilité est impossible.

Sans même ainsi avoir à soutenir l'idée dépassée selon laquelle l'affect serait un élément purement extérieur et la volonté un mouvement tout intérieur¹²⁶, en admettant qu'il existe une interaction entre ces deux pôles, mais que ce qui trouve son origine dans l'affect rend le sujet passif, l'incompatibilité avec la volonté est encore plus sûrement démontrée.

¹²⁴ Citons par exemple ici David LE BRETON, dans son ouvrage : *Les passions ordinaires, Anthropologie des émotions*, Armand Colin, Paris, 2001. L'auteur y affirme ainsi que : « La vie affective s'impose en dehors de toute intention, elle ne se commande guère et parfois elle va à l'encontre de la volonté, même si elle répond toujours à une activité de connaissance liée à une interprétation par l'individu de la situation où il est plongé. », p.92. Le BRETON n'oppose en aucune manière l'affection à la raison, loin s'en faut puisqu'il dénonce au contraire dans de très nombreuses pages les manques d'une telle conception. Il expose plutôt que l'affection est liée à la connaissance, et qu'elle est une part individuelle mais modelée par une culture et par un environnement donné. C'est donc simplement pour ce point de l'opposition entre elle et la volonté, qui n'est pas la raison, que cet ouvrage est employé ici.

¹²⁵ Pour les grecs, la volonté se définit comme l'aptitude à faire des actes délibérés et pas comme la série de ces actes délibérés successivement accomplis. Cette dernière manière de définir la volonté est celle que l'on adopte généralement depuis Kant, mais elle occulte peut-être un aspect de ce concept qui peut être importante pour une étude menée sur la présence de l'affect dans la responsabilité mise en œuvre dans la famille. Sur ce sens de la volonté, on peut par exemple renvoyer aux analyses de Vincent DESCOMBES, *Le complément du sujet, enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Gallimard, Paris, 2004, 521 p.

¹²⁶ Cf. *supra*, paragraphe précédent.

68. La dépendance dans laquelle l'affection pour autrui placerait chacun serait donc absolue, et le priverait de toute autonomie. L'affect, en tant qu'élément subi, est une dépendance, qui attache non seulement au monde, mais encore aux autres sujets qui le peuplent. C'est en vérité une double perte qu'il faudrait ainsi subir, puisque d'abord l'autre deviendrait le maître, dès lors qu'il doit être nommé ainsi hégéliennement, certes, mais aussi pour quiconque adhère à cette position de la pensée selon laquelle l'amour est une lutte dialectique entre les personnes. Ce maître priverait celui qui subi son attraction de sa liberté si celle-ci est entendue comme capacité à décider en autonomie de ce que l'on vit. Telle serait la première perte à laquelle l'élément affectif condamnerait celui qui le vit. Ensuite, il faudrait du même coup admettre que la personne qui a perdu son autonomie « tomberait » dans les affres d'un monde sensible devenu sa seule loi¹²⁷. Cette seconde perte n'est pas moins lourde que la première¹²⁸, au sens où elle paraît revenir à soumettre le sujet à un système sur lequel il n'a pas de prise mais qui a prise totale sur lui.

69. Une réponse est possible pourtant pour chacun de ces arguments soutenant l'idée d'une soumission affective : d'une part l'autonomie entendue comme une absence de lien avec d'autres personnes n'existe pas, car même si ce lien est lâche ou s'il est contrarié, il n'en demeure pas moins lien, et car il serait même possible d'estimer que si l'on est autonome ce n'est toujours que par rapport à un autre devant lequel on s'affirme¹²⁹. Au-delà même de la question du lien personnel, c'est l'homme face au monde¹³⁰ qui ne peut être

¹²⁷ Un commentateur de Corneille a ainsi pu développer cette idée : « Dans la mesure où il nous met en la dépendance absolue d'autrui, l'amour supprime notre autonomie ; dans la mesure où il supprime notre autonomie, il fait choir le Moi dans les vicissitudes du monde sensible, le laisse en un état de totale dérégulation. La liberté de la passion aboutit donc à un esclavage subjectif ; et comme, par ailleurs, cette liberté même est illusoire et oublie ses liens concrets, l'esclavage amoureux devient un douloureux et humiliant servage », Serge DOUBROVSKY, *Corneille et la dialectique du héros*, éditions Gallimard, Bibliothèque des Idées, NRF, Mayenne, 1963, 588 p. Cette position qui appert de certaines pièces cornéliennes semble tout à fait représentative d'un courant qui doit être réfuté. Il faut pourtant ajouter que cet auteur lui-même nuance sa position en ajoutant qu'un « salut » peut venir de la « disponibilité affective » dans laquelle on peut se placer volontairement, ou au moins consciemment. Celui qui aime pourrait ainsi reconquérir sa liberté, qui serait alors selon DOUBROVSKY une liberté pratique, en acceptant la dépendance « réelle » qui le lie. On retrouve d'une certaine façon une parenté entre cette vue des choses et celle qui serait tirée d'un idéalisme issu de Fichte. En effet, pour Fichte, l'affection d'une personne pour une autre résulte de ce que cette personne a choisit de supprimer la suppression qui lui faisait obstacle.

¹²⁸ Voir encore la pensée de Charles RENOUVIER, telle qu'elle est assez fidèlement exposée par Gabriel MADINIER : « L'amour ne réalise qu'une hétéronomie, la justice seule assure l'autonomie. La justice, ensuite, règle la vie sociale et lui permet de se constituer, de s'affermir et de s'épanouir ; le commandement de l'amour, au contraire, en prêchant l'abandon et la résignation ne mène qu'à l'évasion sociale, à l'indifférence et à la soumission au mal. », op. cit. p. 26.

¹²⁹ Cf. la thèse de Guillaume GUYET, *Le concept d'autonomie dans les obligations privées : aspects techniques et philosophiques*, Jean-Marc TRIGEAUD (dir.), Université Montesquieu Bordeaux IV, soutenue le 3 octobre 2012.

¹³⁰ Max SCHELER, *La situation de l'homme dans le monde*, Aubier, éditions Mouton, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], Paris, 1951, 126 p

autonome, si l'autonomie est ainsi définie comme une dé-liaison pure. L'affect, qui est dans une étude portant sur la famille, plutôt entendu ici comme liant les personnes entre elles, peut en effet être aussi bien plus généralement un lien qui attache la personne à son environnement. L'affect est un contact avec le monde¹³¹.

La volonté qui ne serait donc rattachée à aucun affect serait une volonté abstraite, et qui ne gagnerait dans son absolutisation que son anéantissement. Il est donc en fait impossible de se fonder sur la perte d'autonomie, que constitue l'affect, pour en faire un élément qui soit incompatible avec la volonté. Si la volonté doit s'exercer pour être, et si elle doit bien toujours vouloir quelque chose, elle s'intègre à l'affect, bien plutôt qu'elle ne s'en éloigne.

70. D'autre part, et s'il est accepté que la perte d'autonomie décrite n'est que le nécessaire attachement à l'autre que l'on nourrit inmanquablement lorsque l'on éprouve pour lui de l'affection, **il n'est pas évident que cette perte livre l'être aux flots de la sensation pure**. Au contraire même, l'autre est un réel auquel il est possible de s'ancrer. De même qu'il est en fait impossible de considérer qu'il n'y a pas de volonté qui puisse se constituer sans être la volonté d'un quelque chose qui est extérieur et aussi bien affectivement reçu, il est impossible également de ne voir dans l'affect qu'un mode d'appréhension du monde dénué de toute rationalité¹³². L'interprétation selon laquelle l'affect est inconciliable avec l'idée d'une volonté aussi pleine que possible, parce que l'affect soumet celui qui le sent à un système émotionnel dans lequel la raison n'aurait plus de place, semble résulter d'une acception tronquée à la fois de l'affect et de la volonté. Dès lors en effet que la volonté doit viser à l'actualisation d'un geste ordonné à une finalité¹³³, et dès lors que l'affect est un moyen de connaître à la fois cette finalité et les moyens de son actualisation, l'affect et la volonté ne peuvent tout simplement plus être mis en opposition.

¹³¹ C'est d'ailleurs là le sens historique du terme. Cf. *supra*, introduction.

¹³² C'est encore ce que démontre Gabriel MADINIER, *Conscience et Amour, Essai sur le « Nous »*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F, deuxième édition, Paris, 1947. Il existe selon cet auteur trois démarches de la raison, qui sont : l'identité, la finalité, et l'amour. « (...) trois démarches qui respectivement réduisent, situent, et produisent la multiplicité singulière. », p. 82-83. Il apparaît donc bien que selon lui, l'amour, qui n'est pas l'affect mais auquel l'affect participe, est une démarche de la raison.

¹³³ A une valeur aurait dit Louis LAVELLE. Cf. son *Traité des valeurs, Tome premier : Théorie générale de la valeur*, P.U.F, collection Logos, 1950, 744 p.

Dès lors que la volonté est toujours la volonté d'une quelque chose, et où elle vise bien une fin qui l'ordonne et la guide, l'affect est le moyen par lequel elle peut se connaître et se mettre en œuvre¹³⁴.

71. Dans une perspective idéaliste, l'on dirait que la seule façon de réconcilier liberté d'action, autonomie et affection serait d'accepter l'idée d'une dépendance à l'autre. Tout devrait alors se passer comme si, en acceptant consciemment, de se mettre dans une relation de dépendance à un autre, on pouvait devenir à nouveau maître de soi. Telle a été la voie suivie par Fichte.

Paragraphe 2. La réconciliation fichtéenne en demi-teinte

72. Les perceptions de l'affect et de la volonté comme deux éléments radicalement distincts ayant montré leurs limites, **la question sur laquelle débouche l'analyse est plutôt celle des conditions de l'entente de ces deux concepts**. Puisqu'il n'est pas possible de soutenir que l'affection et la volonté s'opposent inévitablement, il faut rechercher la manière dont elles interagissent. Le simple constat de leurs rapports suffit peut-être déjà à montrer que, sous cet angle, il n'y a pas d'incompatibilité de principe de l'affect et de la volonté, ni donc d'incompatibilité de l'affect et de la responsabilité. Néanmoins, il s'avère utile, pour élucider la nature de l'implication de l'affect dans la responsabilité, de découvrir de quelle manière l'élément affectif peut être réconcilié avec la volonté.

Dans la réhabilitation de la place de l'élément affectif dans l'exercice rationnel de la volonté, la pensée de Fichte a suivi une voie qui peut apparaître comme représentative d'un courant moderne de conciliation (I). Pourtant, la solution proposée, si elle conserve une valeur explicative et démonstrative non négligeable, a depuis été dépassée et perfectionnée (II).

¹³⁴ « Mais la volonté n'est pas séparable de *ce dont* elle est la volonté, de la fin qui la guide et lui est en même temps extrinsèque », Jean-Marc TRIGEAUD, « Philosophie politique et philosophie du droit », in *Revista Brasileira de filosofia*, fasc. 159, 1990, p. 213. Cf. également Miguel REALE, cité par l'auteur, *Filosofia do Direito*, 10^{ème} édition, Sao Paulo, Saraiva, 1983, n°225 et s. p. 636 et s.

I. FICHTE ET L'AFFECTION « VOULUE »

73. Dans la pensée de Fichte, on retrouve bien des arguments propres à démontrer que l'affection n'est pas une oblitération de l'intention d'un sujet. Pour résumer certains points qui sont exposés par lui dans son *Fondement du droit naturel*¹³⁵, il est possible de dire que l'affection ne correspondrait pas à une passivité, et ne pourrait même jamais être telle, parce qu'elle résulte d'une intention de l'âme, qui supprime les suppressions qui existaient en elles. Il s'agit donc de s'ouvrir, consciemment, à l'affection qui n'est reçue que parce que l'on se sera placé dans une posture accueillante à son égard.

D'une certaine manière pour Fichte, la personne décide de lever les barrières qui existaient entre elle et la chose objet de son affection. Contrairement à ce qu'il advient dans la pensée d'un Kant par exemple, il n'y a pas, chez Fichte de limite sensible entre le moi et le « non-moi ». Il y a entre les deux, au contraire, une création de l'imagination d'un sujet qui est conscient d'anéantir une activité de son moi par une activité du non-moi. Autrement dit, ce qui est extérieur à nous ne peut nous affecter qu'en ceci qu'il a été d'une certaine façon déjà intégré, reconnu par le moi¹³⁶.

74. La visée idéaliste dans laquelle Fichte se situe, prête bien le flanc à certaines critiques, liées notamment à cette absence totale de passivité qu'il décèle dans l'affection et qui peut paraître excessive. Tout se passe vraiment pour lui comme si l'objet de l'affection, l'autre en somme, était dans cette relation purement passif.

Or, il faut croire plutôt qu'il y a une actualité de son attraction, qui certes ne peut sans doute jouer à plein que si l'on décide de lui laisser un espace en nous où nous acceptons de nous représenter son être, mais qui aussi bien peut déclencher cette décision, parfois inconsciente. L'autre peut agir et, sans que cela soit nécessairement conçu comme une violence à la façon de Fichte, provoquer son accueil en notre âme.

¹³⁵ Ils sont présentés par exemple par Jean CLAM, dans son article « Qu'est-ce que faire violence ? Intersubjectivité, corporéité et violabilité de la personne dans la *Fondement du droit naturel* (1796) de FICHTE », in *A.P.D, Droit et esthétique*, Tome 40, 1995, p.348 à 389.

¹³⁶ Alexandre SCHNELL, « Le problème de l'être-affecté chez Kant et Fichte », in Eliane Escoubas et Laszlo Tengelyi (dir.), *Affect et affectivité dans la philosophie moderne et la phénoménologie*, Ouverture Philosophique, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 143 à 160. « Cette activité du Moi, anéantie par l'activité opposée, Fichte l'appelle le senti. *Le Moi « sent » en lui cette activité anéantie comme quelque chose d'étranger, car une activité du Moi ne saurait jamais, en soi, être anéantie* », p. 158.

75. En outre, cette échappatoire qui est désignée par sa philosophie pour éviter de se heurter à l'incompatibilité de l'élément affectif et de l'élément de liberté indispensable à la responsabilité, **ne permet peut-être pas de conserver l'affection dans ce qu'elle a de justement proprement originale.** On voit poindre d'ailleurs dans cette vue un certain romantisme, qui est certes de circonstance dans l'Allemagne du début du XIX^{ème} siècle, au sens où elle revient à aimer l'Idée de l'Amour¹³⁷, plus qu'une personne incarnée. En effet, si pour être de nouveau libre, et échapper aux tumultes de la passion sensible dans laquelle on serait plongé dès lors que l'on aime, parce que l'on abandonnerait ainsi son soi à un autre, il faut s'approprier son affection, à la manière d'un héros cornélien¹³⁸, en choisissant d'aimer, alors ce choix se fait *in abstracto*, devant l'Idée d'un amour, et non pas *in concreto*, devant la personne que l'on aime.

La solution que l'idéalisme trouve à la perte de liberté qu'implique l'affection d'une personne pour une autre, pourrait finalement alors revenir à nier sa nature de lien, pour en faire au contraire une forme d'incommunicabilité de la personne. Celle-ci serait prise dans la nécessité, pour se conserver en fin de compte, d'aimer en l'autre ce qu'elle choisit de lui abandonner, et encore cet abandon ne pourrait être fait que parce que, de soi-même, on en accepte le principe.

76. Il est vrai que cette issue confine apparemment à l'héroïsme, dans la mesure où il s'agit finalement de se sacrifier à l'affection, de choisir délibérément de se refuser, pour laisser toute la place à l'autre, qui est incarné, au nom d'une cause désincarnée, celle de l'Amour. Mais cette attitude héroïque peut être tronquée. Puisque l'objet de notre affection est dans ce cas véritablement un autre soi-même, au sens plein de ce que cette métaphore peut signifier, qui nous habite et que l'on habite, se sacrifier à lui revient à se sacrifier à soi-même, et l'on ne sort plus alors de cette dialectique infernale, qui empêche que deux personnes distinctes soient en lien dans cette relation. C'est bien à cela que conduit finalement l'idéalisme de Fichte.

¹³⁷ On pense au fameux mot de s. AUGUSTIN : « amabam amare », qui est parfois interprété dans une mouvance idéaliste, comme une façon de dire que c'est l'Amour qui doit être aimé, en lui-même. Sans doute existe-t-il un Amour, mais qui est un Amour alors tout métaphysique, mais qui n'interdit pas de considérer que l'amour, lorsqu'il s'exprime envers une personne, doit s'incarner. Peut-être y a-t-il, dans la pensée de s. AUGUSTIN une voie un peu ambiguë entre réalisme et idéalisme, et qui se dessinerait alors assez bien dans cette conception de l'amour.

¹³⁸ Alidor dit ainsi : « Je le hais, s'il me force ; et quand j'aime, je veux », « Que de ma volonté dépendent tous mes vœux », CORNEILLE, *La galerie du palais*, I, IV, 203-12.

Si le seul moyen de ne pas être esclave de mes sentiments est de les rendre miens, en les soumettant à ma volonté, laquelle se rendra à l'évidence de l'existence d'un lien qui m'attache à un autre qui m'est extérieur, alors je dois choisir de m'aliéner. Dans cette configuration, comme dans celle qui opposait affect et volonté, il s'agit toujours de déterminer l'un de ces domaines par sa soumission à l'autre. Mais en procédant à une telle *appropriation* de l'élément affectif, il faudrait alors nécessairement que j'aliène aussi l'autre. En effet, en choisissant de lui céder ma place en moi, je me l'incorpore, et le prive ainsi d'une existence autre, qui soit distincte et autonome.

77. C'est **cette configuration** qui est à la source du crime commis au nom d'un amour passionnel¹³⁹, ce qui démontre qu'elle **peut se trouver dans l'expérience**.

Pour autant, elle ne correspond pas à ce que recouvre l'affection lorsqu'elle est telle qu'elle doit être, c'est-à-dire profondément altruiste. Alors, l'héroïsme n'est pas de se sacrifier à un autre devenu soi, mais à un autre pour la raison même qu'il est autre. La réconciliation que propose Fichte, des deux champs que sont l'affect et la volonté, ne peut donc être pleinement satisfaisante, puisque quoiqu'elle soit expérimentalement une source d'explication de l'affect lorsqu'il est perturbé, elle ne semble pas permettre d'éclairer ce qui fait l'originalité d'un affect qui pourrait être fondateur et « normatif ». L'idéalisme ainsi conçu ne permettrait alors que de rejeter plus sûrement encore l'affect dans le domaine de l'irrationnel, puisque la volonté qui le dirige alors, ne le dirige que pour mieux substituer à l'altérité une unité.

¹³⁹ Cf. *infra*. p.

II. DEPASSEMENT DES THEORIES DE FICHTE ET CONCILIATION DE L' AFFECT ET DE LA VOLONTE

78. D'autres pensées plus récentes¹⁴⁰ résolvent à la vérité plus nettement le conflit de l'affect et de la volonté que ce courant de l'idéalisme, et qui sont le résultat notamment des recherches menées sur le rôle de l'affect dans la connaissance¹⁴¹. En partant du même constat de la nécessité d'un contact affectif de l'homme dans le monde, il a commencé à être admis que l'affect pouvait être un moyen pour la rationalité de s'exercer et de s'adapter. L'affect est ainsi regardé, non plus seulement, à la manière de la pensée empirique comme une matière première avec laquelle la raison doit composer¹⁴², mais comme un obstacle¹⁴³ du monde, par lequel seul, la volonté peut s'affirmer et devenir consciente.

Mais plus encore que d'être devenu indispensable à la connaissance et donc à la volonté, l'affect devient cette fois un lieu de contact entre l'homme et ce qui lui est extérieur. A ce titre, c'est la distinction de deux mondes, l'affectif d'un côté, et le volontaire de l'autre, qui disparaît¹⁴⁴. C'est à l'intérieur même du champ de la rationalité et de la connaissance que volonté et affect s'entremêleraient sans pouvoir en fait être distingués comme formes pures¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Des auteurs ont ainsi beaucoup travaillé sur ces questions de l'affection, depuis notamment Martin BUBER, en passant par Max SCHELER, ou Gabriel MARCEL. Néanmoins, sur cette question précise de la volonté, les positions qui servent ici le mieux l'hypothèse d'une véritable conciliation avec l'élément affectif sont exposées dans un article de Robert LENOBLE, « Le rôle du contact affectif dans la connaissance rationnelle », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 101 à 120.

¹⁴¹ Voir par exemple Stéphane LUPASCO, *Du devenir logique et de l'affectivité, Essai d'une nouvelle théorie de la connaissance*, Tome 2, Vrin, Paris, 1973 [1935], 296 p.

¹⁴² Cf. *supra* sur HUME.

¹⁴³ Cette notion d'obstacle est notamment capitale dans la pensée de René LE SENNE. Cf. la présentation qu'en fait Aimé FOREST, « René Le Senne », in *Les grands courants de la pensée mondiale contemporaine*, Sciacca (dir.), Marzorati, Milan, 1964, p. 907 à 935. « L'obstacle est une limite que nous éprouvons pour elle-même, elle n'est pas seulement subie mais rapportée à ce qu'elle vient arrêtée en nous. L'obstacle est l'existence brisée par le durcissement d'une détermination. (...). La signification de l'obstacle est de retrouver l'esprit de la complaisance en lui-même à l'ouverture aux valeurs. », p. 910. Sur l'obstacle, il faut aussi renvoyer à Gaston BACHELARD, mais qui l'emploie dans un autre sens. Cf. Robert LENOBLE, op. cit. p. 107.

¹⁴⁴ « On se retrouve alors devant ces puissances pures que seraient la raison, la volonté, l'affectivité, et l'on suit les luttes qu'elles soutiendraient entre elles comme les phases dramatiques d'une noomachie. Partout ailleurs, on se défendra de tenir encore la raison pour une faculté figée, sans histoire et sans mystère, mais ici, en l'opposant aux autres forces de la conscience, on lui restitue tout son prestige. », Robert LENOBLE, op. cit. p. 101.

¹⁴⁵ « (...) il n'y a pas de « facultés », ni de coupure entre des facultés qui serviraient à prendre contact avec les choses et les autres hommes, et d'autres « facultés » qui n'auraient dans cette adaptation aucun rôle positif à jouer. Le vrai problème est un problème de coordination et d'adaptation, non de choix, ni surtout de choix exclusif. », *Idem*, p. 106. Et plus loin, Lenoble ajoute que : « le problème du contact se formule à l'intérieur même du processus rationnel, dans la problématique de la connaissance, et non dans un chapitre édifiant que l'on ajouterait en annexe. », p. 113.

Si l'affect est une ouverture à l'autre, que cette autre soit personne ou tout objet extérieur, et si la volonté est une tension consciente qui répond à cette ouverture, alors toutes deux s'exercent pour permettre à la fois la connaissance et l'action adaptée à cette connaissance, c'est-à-dire rationnelle. Parce que l'affect situe bel et bien l'homme dans un univers de liens, il est ce par quoi passe l'action mesurée et adaptée à cet univers.

79. La question de la volonté pourrait se trouver ainsi résolue. En effet, il y eut d'abord la mise en lumière d'une opposition de domaines, héritée surtout de Descartes, entre l'affect et la volonté, et qui revenait à donner la prévalence de l'une de ces « facultés » sur l'autre, montrant ainsi que s'il n'y avait pas d'incompatibilité nette entre elles, il fallait qu'il y ait du moins maîtrise d'une frontière.

Néanmoins, cette lutte a été dénoncée ensuite comme factice, et contraire aux exigences même d'une théorie de la connaissance. L'aboutissement d'un raisonnement mené sur ces questions a été de dévoiler une interdépendance de ces deux faces d'une même pièce que sont l'affect et la volonté.

80. Mais il reste que pour pouvoir admettre que l'affect ait une place qui soit tenable en un droit, ou en toute forme de responsabilité, et sans préjuger d'abord de l'envergure d'une telle place, il faudrait encore pouvoir s'assurer des rapports que cet élément entretient avec la liberté.

Sous-section II. ELEMENT AFFECTIF ET LIBERTE

81. Le libre-arbitre a-t-il une chance de s'exercer lorsque l'affect entre en jeu ? Telle est finalement l'interrogation la plus évidente à laquelle on se heurte d'abord en cherchant à déterminer si l'élément affectif peut se confronter à une logique juridique, ou bien s'il peut même entretenir avec elle des rapports d'implication. L'étude des rapports de l'affect avec la volonté a pu montrer qu'il n'y avait pas d'incompatibilité « naturelle » ou nécessaire entre ces deux éléments. Au contraire même, c'est à une imbrication de la volonté et de l'affect que semble aboutir une analyse de leurs liens. Pour autant, l'acte qui s'opère volontairement ne peut peut-être pas de ce seul fait être regardé comme libre. En théorie, un

acte peut être exécuté consciemment mais sous la contrainte. L'affection peut d'ailleurs être perçue comme une détermination insurmontable, privant celui qui la vit de sa liberté.

82. Or, s'il en allait bien ainsi, il serait clair, étant donné que la responsabilité suppose la liberté, que l'affect, même concilié à la volonté, ne serait plus en mesure de jouer un rôle quelconque.

Avec la liberté, les difficultés nées d'une acception tronquée de l'affect paraissent plus sensibles encore, parce que l'affection ne peut se comprendre dans le cadre trop étroit que sa définition ordinaire lui assigne (Paragraphe 1), et parce que même s'il est impossible de nier totalement les heurts qui opposent indéniablement parfois le champ de la rationalité et celui de l'affection, il n'est pas non plus opportun d'en exagérer la portée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Opposition réductrice de l'affect et de la liberté

83. Plusieurs voies ont été explorées pour tenter de résoudre cette difficulté de l'impossibilité de concilier l'idée d'une liberté et celle d'une détermination affective des actions d'un sujet. Des solutions ont été recherchées, non pas dans l'objectif de nier toute opposition potentielle de l'affection et de la liberté, mais plutôt pour rechercher une présence potentielle de points d'entente.

En effet, dans la mesure où il est impossible de rejeter l'existence de l'élément affectif, et où il n'est pas possible non plus de postuler que la liberté n'existe pas¹⁴⁶, conclure à l'opposition radicale de ces deux concepts s'avère problématique. *L'Homme est libre, et il est affecté par le monde.* Ces deux termes de la condition humaine se trouvent ainsi nécessairement en contact, et s'ils ne se répondent, ils doivent en tout cas coexister. Toutes les solutions qui ont été dans cet esprit recherchées ne conduisent pas à une résolution de ce qui est *a priori* une véritable aporie (I). Pour celles qui la résolvent le mieux, un lien se tisse avec une certaine philosophie de l'action (II).

¹⁴⁶ C'est ce à quoi aboutit la pensée de HUME, mais on peut retenir qu'en droit au moins la liberté doit toujours être postulée.

I. DEUX MANIERES DE RESOUDRE L'OPPOSITION DE L'AFFECT ET DE LA LIBERTE

84. Une « simplification » du contenu de l'élément affectif comme seule hétéronomie, anéantissant la liberté, ne peut pas emporter une ferme conviction. En posant plus profondément que ses prédécesseurs la distinction de deux facultés dans l'homme, la sensible et la raisonnable, Descartes a inspiré en effet une philosophie dans laquelle la liberté humaine ne pouvait convenablement s'exercer qu'à la condition qu'elle domine les mouvements auxquels l'affection soumet chacun¹⁴⁷.

Quand bien même la volonté pourrait se manifester à partir des affections, et s'adapter par leur moyen, la liberté quant à elle, exigerait toujours que soit dépassées les déterminations auxquelles tout contact affectif soumet nécessairement l'Homme. Le problème n'est ainsi plus tant de savoir si l'élément affectif peut être raisonnable ou conscient¹⁴⁸, mais il est plutôt de savoir si cet élément qui attache une personne à une situation, et ce faisant la détermine en un sens, peut être compatible avec l'idée d'une liberté, supposant un choix. Pour qu'une forme de responsabilité puisse être reconnue, il faut pouvoir présumer qu'une liberté de ne pas adopter le comportement fautif ou dommageable existait d'abord. C'est bien là le sens des règles d'exonération que la responsabilité civile pose¹⁴⁹.

85. En ce sens, la liberté pourrait donc être comprise de deux façons différentes¹⁵⁰ : soit comme une possibilité d'agir en dehors de tout déterminisme causal. C'est le hasard dont parle Hume. Soit la liberté devrait être définie comme une possibilité

¹⁴⁷ René DESCARTES, *Méditations Métaphysiques*, Paris, Quadrige, PUF, 8^{ème} édition, 2012, [1641], 315 p. 4^{ème} méditation. Voir Dorottya KAPOSI, « Indifférence et liberté humaine chez Descartes », *Revue de métaphysique et de morale* 1/2004 (n° 41), p. 73 à 99, consulté sur www.cairn.info/revue-de-metaphysique-et-de-morale-2004-1-page-73.htm.

¹⁴⁸ Puisque le fait est qu'il peut l'être.

¹⁴⁹ François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, n° 793 et s.

¹⁵⁰ La question de la définition de la liberté supposerait évidemment que soit donné un nombre plus grand, et pratiquement infini de définitions, si elle n'était pas circonscrite strictement, comme c'est le cas ici, aux relations qu'elle entretient avec le problème de l'affectivité et de la responsabilité. Si les définitions étudiées ici sont celles données par l'empirisme d'une part, et par l'axiologie de la philosophie des valeurs d'autre part, ce n'est que parce que ces deux courants philosophiques semblent les plus propres à représenter deux grandes tendances ayant chacune à leur façon résolu la difficulté posée par Descartes.

d'agir à partir d'un déterminisme inévitable, et de reconnaître en lui une valeur à privilégier. C'est notamment la pensée de Rousseau, mais aussi, et de façon bien plus convaincante, la philosophie des valeurs telle qu'elle a été portée par Louis Lavelle qui soutient cette seconde hypothèse.

La première analyse, qui est celle proposée par l'empirisme, revient en fait à nier la possibilité de la liberté, ou du moins à nier la possibilité d'une liberté en lien avec la responsabilité. Puisque la liberté est identifiée à ce qui pourrait advenir en dehors de la chaîne des causes et des effets, elle est un hasard¹⁵¹. Ainsi donc, l'Homme libre serait celui qui agit par hasard, sans que son comportement en fait ne puisse jamais lui être imputé¹⁵². Le jugement moral devient absurde. Par l'empirisme, la place de l'affect se trouve bien réhabilitée, d'une façon presque hiérarchique, dans la raison humaine, mais cette place n'aboutit qu'à la dissociation radicale de l'affect et de la liberté. Si l'affection et la volonté ont été alors réconciliées, ce n'est que pour mieux ensuite exclure la possibilité de la liberté. L'action volontaire, qui est donc bien dans la pensée de Hume une action consciente, et formulée à partir des données du monde sensible, ne peut pas être, par définition, une action libre, puisqu'elle est inscrite dans la chaîne des causes et des effets, dans une chaîne qui d'ailleurs finit par être complètement disloquée au fil du *Traité de la nature humaine*¹⁵³.

86. Dans la seconde des familles d'analyses présentées, celles qui procèdent d'une définition de la liberté plus concrète, la conclusion à laquelle aboutit la

¹⁵¹ « D'après mes définitions, la nécessité est un élément essentiel de la causalité ; par suite, la liberté, qui écarte la nécessité, écarte toutes les causes et elle s'identifie complètement au hasard », David HUME, *Traité de la nature humaine, Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Tome II, Traduction et préface d'André Leroy, Aubier-Montaigne, Paris, 1973, [1739], p. 515. Mais il faut préciser que la causalité elle-même est vidée de son sens chez Hume, puisqu'il ne la définit que comme une corrélation constante relevée par l'esprit. Elle n'est en somme qu'une façon qu'à l'esprit de joindre deux éléments qui seront toujours nécessairement disjoints.

¹⁵² « D'après l'hypothèse de la liberté, donc, un homme est aussi pur et innocent, une fois qu'il a commis le crime le plus horrible qu'au premier moment de sa naissance ; son caractère n'est par aucune manière engagé dans ses actions puisque celles-ci n'en dérivent pas et que leur malignité ne peut jamais servir de preuve de dépravation ». Op. cit.

¹⁵³ HUME, op. cit. Sur sa perception de la cause, voir Jacques FOLLON, « Réflexions sur la théorie aristotélicienne des quatre causes », in *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 86, n°71, 1988, consulté sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0035-3841_1988_num_86_71_6508. « Quant à Hume, sa critique de l'idée de cause ne saurait aboutir, si elle est prise à la lettre, qu'au rejet, non seulement de la métaphysique, mais aussi de la physique et en général de toute science, quelle qu'elle soit, ainsi que lui-même l'avouait et que Kant, à son tour, l'a bien montré. Car, si l'on prend au sérieux son scepticisme, nous ne pourrions plus affirmer que telle pierre est chaude parce qu'elle a été exposée un certain temps au soleil, mais seulement que nous avons toujours constaté, jusqu'à présent, que l'exposition d'une pierre au soleil était suivie de son échauffement. En d'autres termes, nous devrions bannir de notre vocabulaire les expressions « pourquoi ? » et « parce que ». mais un tel bannissement ne signifie pas seulement la mort de la science ; il va aussi à l'encontre du déroulement de notre vie quotidienne, puisqu'il ruine toute possibilité d'expliquer les choses (...) », p. 350.

réconciliation de l'affect et de la volonté est strictement inverse. De cette union, et d'elle seule découle la liberté d'agir en bien ou en mal, et la responsabilité s'en trouve donc entièrement fondée, parce qu'elle n'est plus définie comme une abstraction¹⁵⁴. Au contraire, la liberté est accordée à l'exigence de nécessités humaines. De façon schématique, cette liberté là peut avoir trait à une « nature » de l'homme ou bien à sa situation dans le monde.

Déjà Jean-Jacques Rousseau, se situant dans la mouvance d'une liberté faite des caractères naturels de l'homme, avait posé cette idée selon laquelle les passions étaient en fait des instruments de la liberté¹⁵⁵. Mais il fondait cette thèse sur la distinction de passions « naturelles », et donc bonnes, et de passions mauvaises car excessives et « extérieures ». Cette extériorité de la passion qui seule serait, dans le rousseauisme, une entrave à la liberté, correspond à un acquis pratiquement social, à une éducation biaisée.

Ainsi, Rousseau semble en vérité plutôt contourner le problème de la détermination des rapports de la liberté et de l'affect. Dès l'instant qu'il fait de la passion bénéfique à la liberté une passion dont l'origine est « naturelle », et surtout en l'opposant à une passion mauvaise car extérieure, il semble aboutir à une tautologie. La passion qui sert la liberté est celle qui laisse son sujet libre¹⁵⁶. Les affects, tels que Rousseau les pose sont certes conciliables avec la liberté, mais se dissolvent en elle. Il faut donc chercher ailleurs une reconnaissance de la valeur de l'affect dans la liberté.

87. Il est en effet encore possible de concilier les deux termes de ce difficile problème de la liberté et de la nécessité qu'implique la vie sensible et affective, **en redéfinissant finalement la liberté comme ne pouvant s'exercer que dans une situation concrète** au cœur de laquelle se trouve un homme, *qui est une personne avant même d'être une nature.*

¹⁵⁴ C'est bien à cela qu'aboutissait la liberté de Hume.

¹⁵⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Emile ou De l'éducation*, texte établi par Charles Wirz, présenté et annoté par Pierre Burgelin, Gallimard, Paris, 2008, [1762], 1139 p. « Nos passions naturelles sont très bornées, elles sont les instruments de notre liberté, elles tendent à nous conserver. Toutes celles qui nous subjuguent et nous détruisent nous viennent d'ailleurs ; la nature ne nous les donne pas, nous nous les approprions à son préjudice. », p. 327.

¹⁵⁶ *Idem.* « C'est une erreur de distinguer les passions en permises et défendues pour se livrer aux premières et se refuser aux autres. Toutes sont bonnes quand on en reste le maître, toutes sont mauvaises quand on s'y laisse assujettir. (...) Tous les sentiments que nous dominons sont légitimes, tous ceux qui nous dominent sont criminels », p. 655.

Selon Louis Lavelle, la valeur se découvre grâce à l'affect, parce que la liberté s'exerce¹⁵⁷. Cette valeur, qui correspond à une hiérarchisation des actions visées¹⁵⁸, guide l'action, et donc la volonté. Dès lors, la liberté ne peut exister que là où il y a des représentations affectives d'un monde extérieur, dans lequel les possibles sont multiples¹⁵⁹. Lavelle pousse plus loin la synergie de l'affect et de la liberté en démontrant que l'amour, qui certes n'est pas l'affect, mais qui reçoit sa participation, est finalement un acte par lequel la liberté pose la valeur. Si donc des jugements sont possibles, c'est parce que l'amour peut être mis en œuvre par la liberté pour découvrir la valeur¹⁶⁰. La perspective adoptée ici est parfaitement inverse à celle qu'avait retenue l'empirisme : la liberté n'est pas en rupture avec les causes que l'affect nous permet de sentir, mais elle est au contraire l'instrument qui se manifeste pour garantir à l'homme sa capacité d'agir par les affects, et sur eux. Et cette action ne peut avoir de sens que dans une situation concrète dont il n'est pas question de l'extraire¹⁶¹.

88. La liberté correspond alors à la possibilité d'agir en répondant à l'appel de la valeur pour un sujet qui est dès lors à la fois autonome, et participant à un « tout »¹⁶².

¹⁵⁷ « Les affections de la sensibilité ne peuvent être réduites elles-mêmes à une passivité pure : il semble sans doute que nous soyons contraints d'aimer le plaisir et de détester la douleur. Mais c'est nous qui leur donnons audience. (...) La liberté seule est donc capable de transformer l'affection en valeur », Louis LAVELLE, *Traité des valeurs, Tome premier : Théorie générale de la valeur*, Louis LAVELLE, P.U.F, collection Logos, 1950, p. 214.

¹⁵⁸ « On peut dire que le mot valeur s'applique partout où nous avons affaire à une rupture de l'indifférence ou de l'égalité entre les choses, partout où l'une d'elles doit être mise avant une autre ou au-dessous d'une autre, partout où elle lui est jugée supérieure et mérité de lui être préférée », (sic.), op. cit. p. 3.

¹⁵⁹ « La liberté est donc le pouvoir de créer le possible et même une multiplicité de possibles entre lesquels il lui appartiendra d'opter », op. cit. p. 356.

¹⁶⁰ « On pourrait dire qu'il y a entre la valeur et l'amour un rapport comparable à celui que nous avons établi entre l'être et l'acte. La valeur paraît plus proche de l'être et l'amour plus proche de l'acte, mais l'acte est au centre de l'être, bien que l'être en paraisse l'effet, comme la valeur est au centre de l'amour, bien que l'amour semble l'engendrer », op. cit. p. 430. Et Lavelle poursuit : « On peut donc dire que l'amour est l'acte par lequel la liberté affirme la valeur », p. 431.

¹⁶¹ Cf. l'article de Jean ECOLE, « L'apparition de la notion de valeur et son cheminement dans ses rapports avec celle d'être dans la philosophie de Louis Lavelle », in *Filosofia Oggi, anno XXIII*, n°91, Luglio Settembre, 2000, p. 285 à 301. « (...) vouloir la valeur, c'est vouloir l'être, car il y a identité de l'être ou de l'acte et de la valeur, et il [Lavelle] voit dans l'amour ce qui permet de reconnaître l'identité de l'acte et de la valeur. Autrement dit, la valeur est en rapport avec le désir, la volonté, la liberté et l'amour, ainsi qu'avec le jugement », p. 288.

¹⁶² C'est la définition que donnait aussi de l'acte moral Martin BUBER. Pour lui l'acte moral est nécessairement libre, sachant que s'il indique lui aussi que la liberté ne dépend d'aucune cause, c'est parce qu'il pose toujours deux libertés l'une en face de l'autre. Quant à la conciliation de la liberté et de la nécessité, il indique ainsi que : « (...) si je pense la nécessité et la liberté non dans des mondes abstraits mais dans la réalité de ma présence devant Dieu, si je sais que je suis « livré » et qu'en même temps « tout dépend de moi », alors je ne peux plus chercher à échapper au paradoxe qui est ma vie même, alors il est inutile d'assigner aux deux principes inconciliables deux domaines séparés, inutile d'avoir recours à aucun artifice théologique pour réconcilier ces concepts ; je suis contraint de les vivre simultanément, et, lorsqu'on les vit, ils sont un », in *Je et Tu, [Ich und Du]*, Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, 1969, [1923], Roubaix, p. 130- 131.

II. L' AFFECT COMME PRINCIPE D' ACTION PERMETTANT LA LIBERTE

89. Dans la pensée de Maine de Biran, à laquelle on peut encore se référer pour éclairer davantage cette conception particulière du lien entre affect et liberté, par le concept de l'action, **la conscience, qui est liberté**, et présence responsable, s'engage dans une action dont elle a l'initiative, et qui **s'exerce sur un terme extérieur qui lui résiste**. L'affect, bien qu'il soit plutôt un soutien à la théorie plus fondamentale dans le biranisme de la gestuelle de la conscience¹⁶³, intervient bien dans la formulation de cet acte dans lequel la conscience s'affirme, puisqu'il est cet « extérieur » résistant, ou plus précisément, ce contact avec l'extérieur.

Si Maine de Biran distingue bien quant à lui l'affect de la volonté, il en vient pourtant, par le développement de son idée selon laquelle le moi est une puissance d'action, à mettre en relation l'affect et la liberté. Tout part du constat d'une aporie à laquelle en fait la pensée qui s'attache à la question de la liberté humaine se heurte nécessairement : la conscience d'un moi qui soit responsable ne se conçoit que si l'homme est libre mais dans le monde¹⁶⁴. Cela signifie qu'il doit être libéré tout en étant attaché à des nécessités soit directement affectives, soit affectivement perçues.

90. De ce point de vue, Maine de Biran peut être rapproché de Louis Lavelle, puisque **la question de l'affect et de la liberté se construit dans ces pensées autour d'une certaine définition de la conscience**. Il s'agit de constituer un « moi » conscient, libre parce

¹⁶³ Quoique Maine de Biran y ait tout de même consacré une étude : Pierre MAINE DE BIRAN, *Mémoire sur les perceptions obscures, suivi de la discussion avec Royer-Collard sur l'existence d'un état purement affectif et de trois notes inédites sur la nature de l'influence de la volonté, sur la perception de la dureté, sur l'objet de la philosophie de l'esprit humain*, Armand Colin, Paris, 1920, 89 p. Consulté en ligne sur <http://www.gallica.bnf.fr>. « Mais quoiqu'il n'y ait aucune action possible de la volonté sur les affections sympathiques, quoiqu'il y ait même plutôt opposition à cet égard entre le principe de nos actes libres, et celui de toutes nos passions, il n'en est pas moins vrai qu'il existe entre eux une sorte de liaison ou de relation intime, dont il importe de fixer les limites et d'apprécier les moyens et les circonstances, puisque c'est là que réside le lien de deux natures qui peuvent s'agrandir et se perfectionner l'une par l'autre. », p. 31.

¹⁶⁴ En exposant la pensée de Maine de Biran, Gabriel MADINIER pose ainsi ce problème : « Liberté et rationalité, telles sont les deux dimensions de la conscience de soi. Elles sont également nécessaires et cependant semblent s'exclure. (...) Un moi qui ne serait que liberté pure n'appartiendrait pas au monde ; une conscience qui s'identifierait à la pensée universelle ne serait plus la conscience d'un moi. Ou un moi sans univers et par conséquent sans réalité, ou un univers sans moi ; n'est-ce pas le dilemme où nous serions acculés, si nous ne parvenions pas à faire la synthèse de ces deux aspects de la conscience ? », op. cit. p. 15.

que conscient, ce qui n'est pas sans rappeler la responsabilité telle qu'elle est conçue en droit¹⁶⁵. L'affect est donc conciliable à la liberté dès lors qu'il participe de la conscience. Il ne faut sans doute pas en déduire que l'affect qui peut être libre est directement l'affect dont le sujet a conscience.

Cela serait d'une part contraire à ce que l'expérience quotidienne de chacun montre d'affections qui sont plus ou moins conscientes, et cela serait d'autre part réducteur de ce courant de pensée dans lequel l'élément affectif aurait davantage la valeur d'un vecteur du monde vers soi et de l'action de soi en retour sur le monde. L'affect est bien en tout cas un principe dynamique. L'affection n'a donc pas ainsi à être consciente elle-même pour qu'elle puisse s'associer et même actualiser la liberté.

91. Une autre manière de regarder le rapport de l'affect et de la liberté peut être ouverte par la philosophie de Maurice Blondel¹⁶⁶, elle aussi construite sur l'idée d'un agir, mais non plus fondée en dernière instance sur la conscience¹⁶⁷. C'est sur une nature, ou une armature interne que repose cette fois la pensée dans laquelle la liberté est conçue.

Puisque chez Blondel également tout est mis en œuvre pour concevoir un sujet qui ne soit pas abstrait, mais concret, les états affectifs doivent nécessairement y être intégrés, et c'est bien de cette insertion de l'Homme dans son monde concret, dans une situation donnée, que dépend la liberté. Quand bien même les affects y seraient perçus comme une forme de passivité, cette passivité n'est pas une inertie mais bien au contraire une capacité à recevoir¹⁶⁸. Dès lors, la liberté apparaît dans un « agir », et ne peut plus s'opposer aux affects, qui sont simplement des faits avec lesquels elle se forme.

¹⁶⁵ C'est la question de l'imputation. Voir Jérôme FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », D. 2008, p. 383 à 396 ; François ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 2009, 485 p.

¹⁶⁶ Maurice BLONDEL, *L'action*, Paris, Quadrige, PUF, 1993, [1893], 495 p.

¹⁶⁷ Jean ECOLE, *La métaphysique de l'Être dans la philosophie de Maurice Blondel*, Thèse complémentaire pour le doctorat-ès-Lettres, Editions Nauwehaerts, Louvain, 1959, 228 p. « (...) si la préoccupation ou l'intention est la même chez Maurice Blondel et Louis Lavelle, la marche suivie par l'un et par l'autre est assez différente. Tandis que la métaphysique lavellienne de l'être est toute entière greffée sur une philosophie de la conscience, celle de Maurice Blondel repose sur une philosophie de la nature, comme celle d'Aristote, ce qui le situe immédiatement en marge de la tradition psycho-métaphysique inaugurée, chez nous, par Descartes, et le sépare radicalement de Louis Lavelle et de la majorité des philosophes postcartésiens, malgré l'influence de son premier maître Alexis Bertrand, qui était un fervent de Maine de Biran », p. 16.

¹⁶⁸ Maurice BLONDEL, op. cit.

92. Si donc la liberté est ainsi définie comme une liberté d’agir dans le monde¹⁶⁹, elle doit être admise comme liée à l’affect. En effet, c’est l’affect qui permet un contact entre la personne et sa situation. L’affect jouerait donc d’abord comme perception, et comme connaissance de ce qui est au dehors du sujet, puis ensuite comme « imagination » des moyens d’agir ou d’interagir avec cet extérieur. Un va-et-vient du réel à soi est rendu possible par les affects, et il devient clair alors que, pour être libre, il faut être mesure de capter ces affects et non de s’en défier. De là, la responsabilité de chacun se trouve de la même façon liée à cet élément affectif, en ce sens qu’il la fonde lorsqu’il est sainement perçu. Aussi bien, il peut la perturber s’il est dérégulé. L’affect et la liberté ne sont pas du même ordre et composent en fait l’un avec l’autre.

93. En s’en tenant là, il serait encore possible de dire que ce lien entre affect et liberté est un rapport non seulement de nécessité mais encore d’entrave, au moins potentielle, et que la liberté se forme avec l’affect en luttant contre les déterminismes qu’il lui inflige. Ainsi, l’affect serait toujours reçu comme un déterminisme puissant, duquel la liberté aurait à la rigueur besoin pour s’affermir et se condenser, bien plus que pour exister. Comme cela était le cas avec la volonté, mais avec plus d’intensité encore, l’admission d’une possible coexistence de ces deux éléments semble conduire d’abord à l’idée d’un conflit de domination de l’un sur l’autre.

La perception d’un tel conflit néanmoins paraît entièrement liée aux définitions qui sont données de la liberté et de l’affectivité. Après avoir donc défini la liberté, il faut encore circonscrire ce que l’affect peut être dans un tel jeu de relation, afin de mesurer sa compatibilité avec la responsabilité.

94. Comme l’a relevé Maurice Pradines¹⁷⁰, il faut ainsi se garder de la confusion ou de l’imprécision qui ferait déjà de l’affect une passion¹⁷¹. Pour cet auteur en

¹⁶⁹ « Le point de départ de tout acte humain étant celui de la liberté, voire celui d’une certaine liberté à assurer, celui des moyens à engager afin de promouvoir les possibilités d’épanouissement, il s’agira encore de prendre en considération les conditions et le caractère de la « liberté » », Hans-Albrecht SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Eléments d’une introduction à la philosophie du droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXI, L.G.D.J, Paris, 1976, p. 35.

¹⁷⁰ Maurice PRADINES, *Traité de psychologie générale*, T I, II et III, P.U.F, collection Dito, Paris, 1986 [1943 à 1946], 746-657-477 p. Maurice Pradines définit les sentiments d’une façon très approchante de ce qui est ici appelé l’élément affectif. « Les passions, égoïstes ou non, se différencient en nature des sentiments en ce qu’elles tendent à élever ces derniers jusqu’au plan de la raison ; les émotions s’en différencient peut-être aussi profondément en ce qu’elles tendent à les rabaisser jusqu’au plan de l’automatisme », p. 682. Et encore : « (...) les passions doivent être affectées d’un véritable caractère antinomique : règles et en même temps anti-

effet, la passion correspond bien à une forme plus aveugle de l'affection, qui se figerait pathologiquement en un semblant de décision arbitraire de la personne, mais qui serait en vérité toute déterminée. La passion serait une forme d'affect pour laquelle effectivement le déterminisme se ferait plus pesant, et où alors l'idée d'une lutte effective entre elle et la liberté pourrait reconquérir un sens¹⁷². En clair, il faudrait distinguer l'affect, qui serait bien plus un moyen par lequel la liberté s'exprime qu'une ligature, de la passion, qui seule pourrait s'opposer à la liberté. L'élément affectif ne serait qu'un équilibre de communication entre l'extérieur et l'intérieur, équilibre sur lequel la liberté non seulement repose, mais aussi se manifeste. La passion, quant à elle, serait ce point de déséquilibre, où les champs de l'interne et de l'externe se confondent, brisant ainsi les socles sur lesquels la liberté pouvait s'accorder. Il faudrait donc en déduire que la responsabilité ne pourrait être entière là où l'auteur d'un acte ne pouvait plus « savoir ce qu'il faisait », parce qu'il était pris dans la démesure de sa passion¹⁷³, et qu'au contraire, la responsabilité serait parfaite là où l'affect a permis à la liberté de s'exprimer.

Mais même si la passion est considérée d'une façon plus méliorative, comme elle a pu l'être par exemple par Théodule Ribot¹⁷⁴, il n'est pas certain qu'elle puisse devenir alors un équivalent de l'affection. Car si la passion est parfois entendue comme la forme permanente, ou au moins durable, de l'attrait qu'exerce sur une personne un objet particulier, ce qui ferait d'elle une affection permanente en quelque sorte, la passion semble comporter toujours cette faculté d'absorber, de confondre son sujet et son objet. Or, l'affection implique fondamentalement une rencontre, laquelle implique elle-même que soient toujours distingués les deux pôles entre lesquels elle navigue. Ce qui affecte une personne lui semble toujours surprendre sa volonté et sa raison, mais après cette surprise il y a peut-être tout de même une *réponse* qui peut être donnée, et qui s'ouvre sur un agir¹⁷⁵.

régulation. Le sujet semble poursuivre un état de régulation supérieur à celui des sentiments normaux, et chercher à soumettre à l'unité la variété des sentiments mêmes ; (...) », p 315.

¹⁷¹ Dans l'ouvrage précité de LE BRETON, l'auteur n'a pas choisi de mettre l'accent sur une telle distinction et c'est très certainement ce qui explique aussi le sens donné à l'opposition de l'affect et de la volonté. Pour l'heure, disons simplement que l'affect peut devenir passionnel, mais qu'il n'est pas obligatoirement tel.

¹⁷² Cf. *infra*.

¹⁷³ C'est le sens de l'*hybris* grec.

¹⁷⁴ Théodule RIBOT, *Essai sur les passions*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 5ème éditions, Paris, 1923, 192 p.

¹⁷⁵ Bernhard WALDENFELS, « L'assise corporelle des sentiments », in Eliane Escoubas et Laszlo Tengelyi (dir.), *Affect et affectivité dans la philosophie moderne et la phénoménologie*, Ouverture Philosophique, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 201 à 220. « Le *pathos* est la surprise par excellence. Il arrive toujours trop tôt si bien qu'il nous est impossible de prévoir, notre réponse arrive toujours trop tard et nous ne sommes jamais à la hauteur de l'expérience. (...) Tout faire et tout parler, qui jaillissent d'un *pathos*, ont un caractère

95. Quand bien même cette distinction serait rejetée, et l'idée d'un irrémédiable déterminisme de l'affection retenue contre la liberté, qui serait alors nécessairement perçue comme une puissance abstraite¹⁷⁶, il n'en demeurerait pas moins que la portée même de cette opposition entre élément affectif et liberté paraît être exagérée.

Paragraphe 2. Réduction de la portée de l'opposition entre affect et liberté

96. Il s'avère qu'il serait excessif de démontrer la parfaite corrélation de l'affect et de la liberté. Il existe bien une difficulté liée à la condition de l'homme dans le monde, et qui veut qu'il ait à vivre à la fois librement et « affectivement ». Résoudre cette question en biffant d'un trait l'opposition serait non seulement immodeste, mais encore sans doute propre finalement à limiter l'envergure de l'existence de chacun. Ainsi donc l'opposition peut exister.

Mais il ne faut pas pour autant pas tomber dans l'excès inverse et en tirer des conséquences démesurées. Car en effet, ce n'est qu'au prix d'une réduction sensible du sens de la liberté et de l'affection qu'il est possible de les rendre absolument inconciliables (I). Ensuite, l'existence d'une confrontation potentielle ne peut suffire à évincer, en toute logique, la possibilité d'une potentielle corrélation (II).

fondamentalement *responsif*. », p. 208. L'auteur précise tout de même, et cela semble abonder en notre sens que pour autant le monde des sentiments n'est pas fait que de surprises : « la normalité s'installe immanquablement quand l'expression des sentiments se répète dans les mêmes formes, se déroulent selon des règles et des rituels conventionnels », p. 215.

¹⁷⁶ Jean-Marc TRIGEAUD, « Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexion de synthèse », Revue trimestrielle *Fides Quaerens*, Naples 2010, 9 p.

I. UNE OPPOSITION FONDEE SUR UNE DEFINITION RESTREINTE DE SES TERMES

97. Il ne faut pas effectivement donner au constat d'un possible hiatus entre volonté, liberté et affection une portée plus grande que celle qu'elle conquiert naturellement. Il serait excessif de tirer de la possible opposition de l'affect et de la liberté l'idée d'une impossible conciliation.

Les positions d'un Pradines¹⁷⁷ peuvent certes être rejetées, ou du moins contestées, et la distinction de l'affect et de la passion ramenée à une simple différence de degré, ce qui entrainerait donc que les affects soient mêlés aux passions dans une catégorie unique de déterminismes. Pour autant, il est encore un pas à franchir pour passer de ces hypothèses à leurs conclusions d'une nécessaire exclusion réciproque de l'affect et de la liberté. En effet, admettre une telle idée exigerait que la liberté soit regardée comme ayant « ordinairement » le pouvoir de chasser toute forme de déterminations, au moins extérieur.

Or, dès lors que la liberté ne s'exerce pas « sous vide », les objets qui la conditionnent sont présents. De là, en cheminant le long de cette piste qui semble déboucher sur l'opposition de l'affect et de la liberté, une issue pourrait se présenter. Les poids qui se portent sur la liberté, qui ne peuvent être niés, puisqu'effectivement l'Homme libre considéré est toujours soumis à des déterminations, liées au moins à sa condition physique, sont ensuite précisément vaincus par elle. Sous cet angle, la liberté est d'autant plus grande et éclatante qu'elle s'oppose à ces obstacles¹⁷⁸, et n'est que très réduite lorsqu'elle procède d'un simple assentiment aux déterminations extérieures. Elle s'exprimerait alors bel et bien plus pleinement lorsque les affections, qui seraient ici des déterminations comme les autres, sont surmontées.

98. Cette solution néanmoins pose rapidement un problème, à un niveau pratique, justement parce qu'elle confine à une hiérarchisation de formes de liberté, qui est en tout cas inconciliable avec la liberté dont il est question en droit, lors notamment de

¹⁷⁷ Cf. *supra*, paragraphe précédent.

¹⁷⁸ Voir Jean ECOLE, « L'apparition de la notion de valeur et son cheminement dans ses rapports avec celle d'être dans la philosophie de Louis Lavelle », in *Filosofia Oggi*, anno XXIII, n°91, Luglio Settembre, 2000, p. 285 à 301 ; Aimé FOREST, « René Le Senne », in *Les grands courants de la pensée mondiale contemporaine*, Sciacca (dir.), Marzorati, Milan, 1964, p. 907 à 935.

l'examen de la responsabilité. Il serait absurde en effet de regarder comme moins entière, ou moins noble, la liberté de celui qui se marie sous prétexte que son mariage suivait un penchant affectif.

Mais même sur un plan plus théorique, cette solution d'une victoire que la liberté aurait à arracher aux déterminismes, y compris affectifs pesant sur la personne libre, soulève une difficulté. Dans la mesure où elle repose sur l'assimilation *ab initio* de l'élément affectif à une détermination comme les autres, elle ne fonctionne qu'à la condition d'admettre une définition bien réduite de l'affection.

99. Ainsi l'opposition de l'affect et de la liberté passerait par une réduction de chacun des termes. Mais encore, même en admettant de telles réductions, il est impossible de tirer du constat de la possibilité d'un hiatus entre l'élément affectif et la liberté, celui de l'impossibilité absolue d'une concordance.

II. LA PRESENCE POTENTIELLE D'UN DEVOIR AFFECTIF

100. **Les conflits de l'affect et de la liberté semblent s'éprouver pourtant pratiquement quotidiennement**, lorsque par exemple on voudrait aimer telle personne, ou ne pas aimer telle autre, et montrent bien assez alors qu'il existe une différence profonde entre ces deux éléments, qui peut bel et bien se manifester en un heurt, qui d'ailleurs verrait bien plus souvent l'affect s'imposer que s'incliner. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne peuvent jamais s'accorder d'une part, ni d'autre part même qu'elles ne peuvent jamais participer du même univers moral, voire juridique. Au lieu de tirer de leur différence de nature, ou même d'ordre, une exclusion mutuelle, il est en effet possible d'en tirer une complémentarité, et de faire de l'affect non seulement un instrument de la liberté, mais même un fondement de la responsabilité en le liant à l'idée d'un devoir moral.

L'affection peut s'accorder à la liberté au point d'être un devoir, et c'est bien ce que Pradines¹⁷⁹, mais aussi Jankélévitch¹⁸⁰ ou Scheler¹⁸¹ affirment contre Kant¹⁸². Aimer peut être

¹⁷⁹ Maurice PRADINES, *Traité de psychologie générale*, P.U.F, réédition en un volume, Paris, décembre 1986 [vol I 1943, vol II 1946, vol III 1946], 746, 657 et 477 p. Pradines expose deux arguments pour

un impératif, et sitôt que l'on admet cette possibilité, on reconnaît que la responsabilité, loin d'écartier l'affection, peut au contraire se fonder sur elle.

101. Certes la responsabilité dont il s'agit alors est d'abord morale, puisque le commandement d'affection ne saurait exister en droit. L'élément affectif, -c'est ce que démontre Pradines-, peut être un devoir auquel la personne se plie consciemment, parce qu'il est actuel et naturel, et qu'il serait dès cet instant possible de s'accorder à lui. Ce constat suffit au moins à retrouver le chemin qui conduit de la liberté à l'affection, et partant à poser que l'opposition de ces deux termes peut n'être pas essentielle. Mais il repose bien sur l'admission préalable d'une éventuelle confrontation de ces deux pôles de la personne. En effet, il ne s'agit plus ici de nier qu'une telle confrontation soit possible, mais simplement d'en réduire la portée en retenant qu'elle n'est ni nécessaire d'une part, ni insurmontable d'autre part.

Et en outre, même au delà du commandement moral, le juridique peut intervenir lorsque l'affect est devenu un mode d'être, dont la valeur normative surgit pour le continuer. En ce sens, « le devoir peut être un amour »¹⁸³, et l'hétéronomie à laquelle l'affect contraint est celle vers laquelle penche la liberté. Se sentir en devoir d'accomplir tel ou tel geste est ainsi une manière de découvrir une norme par le moyen de l'affect¹⁸⁴.

102. Ces remarques relatives à la communication des domaines de la rationalité et de l'affection sont en vérité peut être les plus simples à formuler.

démontrer que l'affect et l'idée d'un devoir sont conciliables : il affirme ainsi d'une part que : « Kant (...) ne reconnaît d'autre forme naturelle du besoin d'autrui que l'amour-propre : l'amour désintéressé n'est à ses yeux qu'une exception et presque une anomalie. Il est évident que, dans ces conditions, cet amour ne peut être commandé : nous ne pouvons être mis en demeure de créer *dans la nature* un sentiment. On pourrait bien commander même un sentiment, si, *étant naturel*, il était seulement dévoyé par l'action ordinaire de la volonté soumise à la domination de la sensibilité ; et cette hypothèse définit notre thèse », p. 254. D'autre part, Pradines note que : « c'est le devoir qui nous révèle notre *nature*, quand nous saisissons en lui l'esprit dont il témoigne ; et il nous révèle, dans la nature, une aspiration à l'esprit qui, comme puissance et appétence, remonte sans doute jusqu'à notre plus lointain passé (...). En tout état de cause, l'obligation est donc une impulsion du sentiment ; la loi morale est un état de la conscience », p. 256.

¹⁸⁰ Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus II, Les vertus et l'amour*, Flammarion, Champs Essais, Paris, 2011. Dès le premier chapitre Vladimir Jankélévitch pose l'analyse selon laquelle « le commandement d'aimer l'Autre –cette personne, ce toi vis-à-vis de moi » serait « à la fois la forme de l'effectivité catégorique et la forme générique et matérielle des relations quidditatives », p.7.

¹⁸¹ Max SCHELER, *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Lefebvre (trad.), Petite bibliothèque Payot, 2003, [1913], 496 p

¹⁸² Immanuel KANT, *Critique de la raison pratique*, François Picavet (trad.), Quadrige, PUF, 8^{ème} édition, 2012, [1788], 189 p. Voir surtout p. 87 et s.

¹⁸³ Maurice PRADINES, op. cit. p. 255. Cela n'est pas sans rappeler non plus la célèbre formule d'André GIDE, dans *Les faux monnayeurs* : « Il est bon de suivre sa pente pourvu que ce soit en montant ».

¹⁸⁴ *Ibidem*. « Notre entraînement nous vient tout des choses. Ce qui est facile, c'est ce qu'on fait poussé, porté, passif ; ce n'est pas l'activité, l'autonomie, le libre-arbitre utilisé pour se libérer. La condition sensible nous a accoutumés à l'hétéronomie, et le premier usage de la raison est de nous y ancrer davantage. (...)C'est le devoir qui nous révèle notre *nature*, quand nous saisissons en lui l'esprit dont il témoigne ; (...) ». ».

En effet, **l'obstacle le plus massif qu'il faille encore franchir avant de déboucher enfin sur une vue plus complète de ce que l'élément affectif peut avoir à voir avec la responsabilité juridique** qui s'exprime et trouve son origine dans la famille est celui de la distinction des deux ordres de la morale affective et essentiellement gratuite et de la logique rétributive de la responsabilité.

Il existe bien des degrés différents de responsabilité, mais il faut encore démontrer que l'élément affectif est un point de passage de d'un à l'autre bien plus commode qu'il n'y parait d'abord.

Section II. Affect et relations de la responsabilité juridique et de la responsabilité morale

103. La recherche d'une présence potentielle de l'affect dans la responsabilité se précise, une fois dépassées les questions relatives à sa rationalité. C'est au cœur même de la responsabilité que se déplace maintenant l'étude, en ayant pour première tâche de savoir à quelle responsabilité l'affection peut être implicitement liée. En effet, il serait encore possible d'affirmer que même sans entraver irrémédiablement la volonté et la liberté, l'affect ne pourrait exercer son influence que dans une forme de responsabilité morale.

Les relations entre la responsabilité morale et la juridique ne semblent pas ailleurs poser tant de difficultés qu'elles n'en soulèvent lorsque l'objet que l'on observe est affectif et familial¹⁸⁵. Dans la mesure où d'une part, là où l'affect existe dans les faits sur lesquels la responsabilité se greffe, la responsabilité acquerrait presque automatiquement une valeur morale, et où d'autre part l'opportunité de l'intervention de la responsabilité juridique y est toujours suspecte¹⁸⁶, le rapport qu'entretiennent ces deux responsabilités est délicat.

L'élément affectif apparaît même comme un idéal-type de la voie de communication qui s'établit entre ces deux ordres, en ce qu'il peut être un passage de l'un à l'autre, tout en ne les réduisant pas l'un à l'autre.

104. La détermination du rôle de l'affect dans les responsabilités morales et juridiques passe par la résolution du problème de la gratuité de l'affect, et de l'échange rétributif qu'entraîne le mécanisme de la responsabilité.

Dans un article ancien mais qui n'a rien perdu de son actualité pourtant, il était question déjà de l'impossible transformation de l'affection en une somme d'argent, et de sa

¹⁸⁵ Il ne s'agit pas de dire que cette question n'en est pas une, ou qu'elle se résout simplement, mais plutôt d'insister sur le fait qu'elle aboutit assez immanquablement au constat qu'il existe bien un pont entre ces deux formes de responsabilité, et que les communications peuvent à l'occasion se faire nombreuses. Il n'en va pas de même lorsque l'élément affectif entre en scène ; il suscite d'emblée un mouvement de recul dans le public, qui le voit comme détaché complètement de la science juridique et imprégné tout entier de la morale. Dans le pire des cas il n'est même pas assimilé à elle, mais il est simplement rejeté dans un ailleurs inaccessible à la connaissance et à la science.

¹⁸⁶ Soit parce qu'une intrusion du droit est redoutée dans la famille, soit parce que les moyens du droit sont considérés comme inadaptés aux problèmes familiaux.

recherche comparable à celle de la pierre philosophale¹⁸⁷ (Sous-section I). Et il est vrai que cette question de l'indemnisation d'un préjudice affectif demeure un point qui complique *a priori* la mise en œuvre d'une responsabilité juridique, et non seulement moral, là où l'affection entre en jeu. Mais un autre problème existe, et qui est relatif à la question de l'imputation. En effet, si la gratuité de l'affect heurte le principe de la rétribution juridique, elle heurterait aussi bien l'établissement nécessaire d'un lien entre l'acte dommageable et la personne qui doit en être l'auteur¹⁸⁸ (Sous-section II).

Sous-section I. LA GRATUITE DE L'AFFECTION ET LE COUT DE SON ATTEINTE

105. La première des caractéristiques de l'affect qui, de prime abord, s'oppose à la responsabilité, est sa gratuité fondamentale. Impondérable et en principe donnée sans contrepartie, l'affection devrait avoir du mal à s'impliquer dans un mécanisme tel que la responsabilité, qui vise l'équilibre, et qui compte les qualités et les manques, les avoirs et les torts, pour l'établir.

Dans la responsabilité juridique, l'indemnisation ou la sanction sont dépendantes de la détermination de ce qui aura été perdu par l'action du responsable. Soit que l'affection soit l'objet même du préjudice subi, soit qu'elle intervienne dans les motifs du délinquant, l'affection échappe toujours dans sa qualité et dans sa quantité à une mesure par équivalence qu'impose le versement de dommages et intérêts, ou la condamnation à une peine. Et même dans une responsabilité morale, il faut bien que la culpabilité s'attache au mal commis, en se mesurant à lui, ce à quoi l'élément affectif pourrait faire obstacle. S'il est gratuit, ce n'est pas

¹⁸⁷ Gérard MEMETAU, « La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », *in Gaz. Pal.*, 1^{er} août 1978 p. 400 à 403. Dans cet étude, des exemples étaient donnés de cour d'appel n'accordant, pour le dédommagement d'un préjudice d'affection, que la somme symbolique de un franc. Cela peut-être ne pourrait plus être aujourd'hui, et encore est-il impossible de l'affirmer avec certitude, mais l'indemnisation de ces préjudices demeure relativement aléatoire. La question pourrait être alors de savoir simplement si elle est plus aléatoire que dans des préjudices moraux plus classiques.

¹⁸⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2-responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, Paris, 2013, p. 103 et s. ; p. 198 et s. ; Mireille BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Traité de droit civil, Christian Larroumet (dir.), 2^{ème} édition, Economica, Paris, 2012, n°446 et s. ; Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^{ème} édition, PUF, Paris, 2004, n° 434.

seulement parce qu'il peut exister sans contrepartie réelle ou attendue, c'est encore parce qu'il peut être « infini ».

106. Ainsi faut-il rechercher s'il existe des voies par lesquelles l'affect peut s'impliquer dans la responsabilité, telle qu'elle peut être amenée à s'exercer dans la famille, c'est-à-dire nécessairement juridique et, dans un second temps, moral.

Ces voies d'implication devraient répondre à deux types de difficultés ressortant des deux responsabilités : celle relative au décompte « quantitatif » de l'affect d'abord (Paragraphe 1) ; puis celle plus directement relative à la façon dont ce décompte peut influencer les rapports des responsabilités juridiques et morales (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'impossible compte de l'élément affectif dans l'évaluation du mal commis

107. Selon Kant, « ce qui a un prix peut-être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité »¹⁸⁹. La vérité de cette assertion est sans doute incontestable. La dignité humaine n'a pas de prix. Or, comme il l'a été dit plus haut¹⁹⁰, la responsabilité juridique implique une logique rétributive, de réparation par équivalence. Ainsi, tout ce qui pourrait faire l'objet de l'engagement d'une responsabilité juridique serait ce qui par définition peut avoir un équivalent.

C'est ici que le bât blesse car, précisément, l'affection que nourrissent les uns pour les autres, les membres d'une même famille relève de cette incommensurabilité de l'homme, et ne devrait donc pouvoir être compatible avec les règles de la responsabilité. Dès le premier abord la responsabilité ne pourrait exister en sa forme seulement juridique partout où ce qui est examiné relève de la dignité de l'homme, de sa *personne*¹⁹¹. Le droit ne pourrait déterminer que des rapports de responsabilité fondés sur des appréciations d'équivalences. Or,

¹⁸⁹ Immanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Victor Delbos et Alexis Philonenko (trad.), Vrin, Paris, 2004, [1785], p. 98.

¹⁹⁰ Cf. introduction.

¹⁹¹ Jean-Marc TRIGEAUD, *Personne, Droit, Existence*, Bière, Bordeaux, 2009, 271 p.

l'élément affectif est cet impondérable singulier, qui par « nature » ne peut se comparer. Dans un ordre moral, il peut cependant fonder une responsabilité, parce que cette responsabilité est alors plus vaste, et se présente même comme une réponse qui est due même en l'absence de toute question. Tout ce qu'ont démontré Pradines, ou Scheler, ou Madinier, ou encore Lavelle¹⁹², de liens qui devaient unir liberté et affectivité, et morale et affectivité vise bien cette forme morale de la responsabilité, qui, si elle est respectée comme étant d'un autre ordre en droit, ne peut être toujours transposée dans ses formes.

108. Le fait est pourtant que les affaires dans lesquelles on en vient effectivement à engager la responsabilité civile ou pénale des membres d'une même famille entre eux se multiplient¹⁹³, et plus encore, ces responsabilités visent de plus en plus directement à la réparation d'un préjudice moral¹⁹⁴, ou à l'aggravation d'une sanction appliquée parce que la violence s'est trouvée là où aurait dû être l'amour. L'affect est donc, qu'on le veuille ou non, et qu'on le déplore ou non, *déjà* en cause dans des cas où il faut déterminer l'engagement d'une responsabilité juridique, qui doublera éventuellement une responsabilité morale. Il faut néanmoins noter que dans le cadre pénal, cette difficulté disparaît pratiquement, puisque toute sanction a à être fixée en dehors de l'idée d'une compensation du mal causé. Dans le champ de l'évaluation de la peine, il ne s'agit de toute façon pas de condamner celui qui aura été coupable à une quelconque réparation¹⁹⁵.

Au civil comme au pénal cependant, l'élément affectif est une actualité avec laquelle la compréhension du mal causé doit composer. Que l'affect soit ensuite ce qui a conditionné le comportement de l'auteur, ou bien ce qui explique le manque ou la perte de la victime, il s'agira toujours en droit de lui donner une équivalence, et de le rendre ainsi « objectivable ». La responsabilité juridique, en dévoilant un rapport, semble alors confronter à la difficulté de sortir l'élément affectif de son domaine.

¹⁹² Cf. *supra*. p. 61 et s.

¹⁹³ Voir par exemple Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoirs, et gratuité*, Raymond Le Guidec (Dir.), L'Harmattan, Condé-sur-Noireau, 2004, 452 p.

¹⁹⁴ Mais en cela, il est clair que la responsabilité dans la famille n'est que le reflet de ce qu'est la responsabilité civile contemporaine. Cf. la nomenclature Dinthillac. Voir aussi, pour une application de cette nomenclature à la famille, l'étude menée par Daphné TAPINOS, et Solveig FRAISSE, « Le préjudice exceptionnel d'acte intrafamilial », in *Gaz. Pal.* 25 février 2014, n°56, p. 14.

¹⁹⁵ Du moins est-ce là la vision classique de la peine. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^{ème} édition, Economica, Paris, 2009, n°23 et s., Bien que : Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, Litec, Villeneuve-d'Ascq, 2010, n°1249 ; « Les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine », CEDH, 9 février 1995, *Welch c/ Royaume-Uni*, n°30.

109. **Ce faisant**, et partant du premier constat qui était opéré, l'idée se forme alors que **si une responsabilité peut être engagée juridiquement, il est nécessaire ou bien que l'affection familiale ait désormais un prix, ou bien qu'elle ne soit plus**. En la dédommageant, on l'anéantirait au lieu de la protéger comme on le souhaite pourtant en signifiant d'un point de vue normatif que des comportements conformes aux sentiments attendus entre proches doivent être respectés. Il faudrait ainsi soit accepter de réduire l'affection à un élément entièrement mesurable, apte à faire l'objet d'une évaluation en argent, soit accepter de dire que ce qui est indemnisé, ce ne serait pas l'atteinte à l'affect directement, mais certaines de ses conséquences observables objectivement. Tout le paradoxe de l'engagement d'une responsabilité en ce domaine se trouve ainsi posé, mais il est finalement celui auquel toute indemnisation d'un préjudice moral est confronté¹⁹⁶.

Pour passer de la responsabilité morale à laquelle l'affect semble conduire relativement simplement, à la logique d'équivalence objective à laquelle la responsabilité juridique est attachée¹⁹⁷, il faudrait donc au moins admettre que ce n'est pas l'affection elle-même qui sera perçue. Elle relève peut-être d'un mystère¹⁹⁸, et ce ne sont que ses manifestations qui sont aptes à faire l'objet d'une exploitation en droit.

110. Outre cette première distinction, dans l'affect, de ce qui se trouve en fait accessible à la responsabilité, il reste encore à cerner le rôle que sont susceptibles de jouer ses manifestations dans le fondement des deux responsabilités juridiques et morales. Parce qu'elles paraissent plus étroitement liées lorsque la situation sur laquelle elles interviennent est familiale, c'est aussi en tant que voie de communication entre elles que l'élément affectif pourrait avoir une fonction spécifique.

¹⁹⁶ Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, Jacques Ghestin (dir.), 3^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 2008, n°65 ; Jonas KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », D. 2015, n° 443 ; Philippe PIERRE, « L'indemnisation du préjudice moral en droit français », consulté en ligne sur http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/prejudice_moral_etude-fr.pdf

¹⁹⁷ Voir Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *A.P.D.*, Tome 22, 1977, p. 45 à 58.

¹⁹⁸ Voir notamment Gabriel MARCEL, *L'homme problématique*, Aubier, Paris, 1995, 244 p. « l'être est ce qui résiste –ou serait ce qui résisterait - à une analyse exhaustive portant sur les données de l'expérience et qui tenterait de les réduire de proche en proche à des éléments de plus en plus dépourvus de valeur intrinsèque ou significative (...) », p. 199. Il définit ainsi le mystère, en l'opposant au problème : « un mystère c'est un problème qui empiète sur ses propres données, qui les envahit et se dépasse par là même comme simple problème. », p. 205.

Paragraphe 2. La nécessaire prise en compte de l'affect au fondement même des responsabilités juridique et morale

111. Le fait que, dans la réparation ou la sanction, il soit effectivement impossible d'admettre qu'un affect incommensurable soit l'objet même sur lequel elle repose n'exclut absolument pas que **l'affect puisse effectivement jouer en revanche directement sur le principe même de la responsabilité juridique à retenir**. Ce ne sont que les conséquences¹⁹⁹ de la responsabilité qui ne s'accommodent pas de l'élément affectif tel qui est.

La responsabilité elle-même, morale mais d'abord juridique, peut en son fondement tenir compte de cette affection, même si elle demeure hors du champ de la rétribution et des équivalences. Car, si l'affect est bien ce par quoi l'altérité est saisie par une personne, il est alors nécessairement aussi ce qui fonde la possibilité même d'une responsabilité visant à rétablir un équilibre entre deux termes. Dans l'affection, comme dans la responsabilité, il faut un autre face auquel se présenter. Dans l'affection, comme dans la responsabilité, il est question d'un lien, qui ne peut pas exister seulement abstraitement à l'intérieur de l'un des deux termes qu'il unit.

112. **La responsabilité toutefois**, lorsqu'elle est juridique, **est en son principe liée à une forme de répartition, des biens ou des torts**, qui est, pour le coup, étrangère à l'affection. Le lien affectif ne distribue rien, si ce n'est peut-être l'intérieur et l'extérieur, le vide ou le plein, la présence ou l'absence²⁰⁰. La responsabilité distribue les causes et les effets, en dictant que telle personne doit répondre pour, ou devant, telle autre de ses agissements. Le fait qu'il soit question, dans l'affection comme dans la responsabilité, de mettre en présence deux personnes et de les lier de la sorte est-il suffisant pour postuler que l'affect ait un rôle à jouer dans l'édification de la responsabilité ?

Bien entendu, la responsabilité juridique commande que ce lien soit institutionnalisé, et même prédéterminé²⁰¹ d'une façon générale, tandis que le lien de l'affection, s'il peut

¹⁹⁹ Non que ces conséquences ne soient pas importantes, mais ici l'usage de la restriction « que » ne vise qu'à circonscrire deux domaines. Les conséquences punitives ou réparatrices sont une chose, qui peut peut-être être distinguée de l'existence même de la responsabilité. Elle existe bien même en dehors des suites qu'elle peut avoir, comme le prouve par exemple le principe de l'exonération partielle, ou bien les cas dans lesquels la réparation au civil est arrêtée à une valeur symbolique.

²⁰⁰ Gabriel MARCEL, op. cit. p. 198 et s.

²⁰¹ C'est l'usage du futur antérieur dans les articles fondant la responsabilité civile ou pénale qui indique peut-être le mieux cette prédétermination du lien.

s'institutionnaliser dans un second temps, comme c'est le cas par exemple lorsque deux personnes se marient, ne peut jamais être par avance organisé. Cela a une conséquence ordinairement évidente : puisque le lien affectif ne peut être déterminé qu'à posteriori, et que la responsabilité est au contraire, lorsqu'elle est juridique, toujours conditionnée *a priori*, il est logiquement impossible de soutenir que la seconde repose sur la première. C'est ici que la singularité du rapport familial intervient, parce que dans ce cas, précisément, les liens affectifs préexistent à l'engagement d'une responsabilité en droit²⁰², qui aura d'ailleurs le plus souvent été organisée pour des personnes dont le seul lien justement est celui qu'elle crée²⁰³. Dans le cadre précis de la famille, et en lui seul, la responsabilité juridique est donc potentiellement marquée, dès son origine, et sans regard sur les suites éventuelles qu'elle aura, par le lien de l'affection qui lui est préexistant, et qui est donc premier par rapport à elle.

113. Cette fois-ci donc, **la prise en compte de l'affection**, même si elle est impondérable, **s'opère lorsque la responsabilité joue dans la famille**, parce qu'elle s'impose comme une substance qui existe *d'abord*. Le jugement de responsabilité, aussi objectif soit-il, sera alors de fait mêlé d'appréciations morales²⁰⁴, et à l'existence d'une relation singulière unissant les protagonistes de cette responsabilité. Mais l'affection acquiert ici une valeur normative, qui s'exerce en fait non seulement sur ce que l'on dénonce comme une règle morale, mais encore, et directement sur la responsabilité véritablement juridique²⁰⁵. En effet, la répartition des biens ou des torts ne peut se faire alors qu'en considération de cette question affective. Sans qu'il soit nécessairement besoin de procéder à une analyse subjective

²⁰² Et non seulement à sa mise en œuvre, mais encore à l'existence du fait qui justifie que l'un soit jugé responsable de, ou envers, l'autre.

²⁰³ Bien qu'il existe des cas de responsabilités pour lesquelles le lien de famille soit déterminé comme constitutif de l'*infraction* ou comme circonstance aggravante, les mécanismes de la responsabilité visent en principe à obliger l'une envers l'autre des personnes qui ne se sont attachées l'une à l'autre que par l'accident du fait dommageable ou criminel.

²⁰⁴ Parmi les critiques qui ont pu être adressées à l'intervention du droit pénal en droit de la famille, il en est une qui porte justement sur cette « invasion » de perceptions morales dans la famille. Les trois types de critiques sont rappelées notamment par François RIGAUX, dans la préface de *Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de droit de la famille à Woluwe-Saint-Lambert (Bruxelles), Bruyland, L.G.D.J., Paris, 1978, 769 p. Cet ouvrage, en plusieurs points daté paraît pouvoir demeurer d'actualité sur cet aspect.

²⁰⁵ Jean-Marc TRIGEAUD, « Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexion de synthèse », Revue trimestrielle *Fides Quaerens*, Naples 2010, 9 p. « la responsabilité dite morale peut se rapprocher d'une responsabilité de nature juridique qui lui sert de modèle initial, dès que l'on se trouve bien évidemment en présence d'un mal ou d'une injustice qui conduit légitimement à essayer de se prononcer sur la responsabilité de son auteur en se tournant plus vers son attitude que vers le montant à évaluer d'un préjudice causé dont il suffirait de constater l'existence ».

des affects²⁰⁶, probablement intimes, cachés, parfois secrets, des auteurs et des victimes, il est au moins possible de considérer simplement qu'un élément est présent, qui influence la responsabilité à retenir. Un renversement s'opère donc, puisque l'élément affectif qui est un lien qui ne peut être conçu qu'à postériori devient dans le cas d'une relation familiale concrète un *a priori*, à partir duquel la responsabilité s'établit.

L'affect qui est ainsi incommensurable, et qui ne peut être certes évalué avec certitude dans l'établissement d'une réparation ou d'une sanction devient l'instrument de mesure de l'engagement de la responsabilité familial.

Il reste que, dans sa gratuité essentielle, l'affection pose un autre problème à la responsabilité lorsqu'elle ne regarde plus le fait dommageable ou la faute, mais lorsqu'elle doit rattacher cet événement à son auteur. Cette fois-ci il s'agit bien de mener une analyse subjective de l'imputabilité de l'acte commis dans un lien affectif.

Sous-section II. LA GRATUITE DE L'AFFECTION ET LE COUT DE SON IMPUTATION

114. Puisque l'élément affectif se définit comme essentiellement gratuit, il n'est pas en principe lié à une contrepartie. En suivant plus loin ce constat, celui d'un possible retrait de l'affect de la chaîne des causes et des effets devient possible²⁰⁷. Ce qui est fondamentalement gratuit n'a ainsi pas à dépendre d'une réponse ou d'un retour.

S'en tenir là revient à admettre que l'affect, lorsqu'il se trouve à l'origine d'une situation de responsabilité, ne serait pas capable d'avoir un sens. En ce cas, la responsabilité qui serait alors engagée serait condamnée soit à l'ignorer, soit à le prendre comme cause unique, invalidant par sa présence même les autres causes. Or, s'il en allait bien ainsi, l'auteur du dommage lui-même ne pourrait plus être assurément lié à son geste.

²⁰⁶ Il ne s'agit pas même de cela puisque le mal causé s'est manifesté s'il est placé sous les yeux du droit, et c'est lui que l'on juge, en déterminant la responsabilité de son auteur.

²⁰⁷ C'est ce qui fondait en premier lieu les critiques adressées à l'affect quant à sa capacité à être « rationnellement » observé. Cf. *supra*. p. 50.

115. Le trouble que l'affect induit dans la causalité bouleverse ainsi le rattachement de l'acte dommageable à son auteur, mais peut être résolu au moins en partie par le maintien de la distinction de domaine de la responsabilité juridique et de celui de la responsabilité morale. S'il est vrai que dans le champ familial, ces deux responsabilités sont plus sensiblement qu'ailleurs connectées, il n'en demeure pas moins qu'elles couvrent deux ordres distincts.

Les rapports de l'affect et de la causalité paraissent donc contaminer aussi l'imputabilité (Paragraphe 1), mais peuvent finalement retrouver un rôle moteur dans la responsabilité si le moral et le juridique ne sont pas confondus (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'affect, la causalité et l'imputation dans l'ordre de la responsabilité juridique

116. De façon implicite, l'élément affectif se trouve présent dans certaines situations de responsabilité familiale. Il y joue un rôle ambivalent, lié à ses qualités mêmes, et notamment à sa gratuité. En pesant sur la causalité et l'imputation, il pèse en fait deux fois sur la détermination de la responsabilité, qu'elle soit juridique ou morale. L'affection intervient ainsi aussi bien dans le lien qui doit être fait entre l'acte et son auteur (I), que dans celui qui existe entre l'acte et l'engagement d'une responsabilité (II).

I. L'ÉLÉMENT AFFECTIF DANS LE RATTACHEMENT DE L'ACTE À SON AUTEUR

117. A l'intérieur de la responsabilité juridique seule, l'élément affectif peut soulever en outre un problème d'imputabilité²⁰⁸. En effet, d'une part, il demeure possible que soit admise l'hypothèse d'une césure entre affect et volonté, il s'en suivra alors

²⁰⁸ Francisco VITORIA, op. cit. « (...) ce que la chaire nous conseille de faire ne nous est pas imputable et n'est pas désigné comme notre œuvre ou notre désir, mais comme ce que nous avons accepté et poursuivi par le libre arbitre. », p. 56.

logiquement que le comportement adopté par l'effet d'une cause affective ne pourra plus être pleinement volontaire²⁰⁹. Mais d'autre part, même si cette distinction est nuancée, comme la logique semble y inviter, les causes affectives, en tant que jonction de l'interne et de l'externe ne peuvent *a priori* que troubler le lien qui devrait attacher l'auteur à son action. Puisqu'elles interviennent aussi dans l'actualisation de cet acte, sans venir de l'auteur directement, elles se positionnent pratiquement comme un troisième terme dans la causalité et dans l'imputabilité²¹⁰.

L'imputabilité, qui suppose le rattachement d'un acte à un auteur, considéré libre et conscient²¹¹, pourrait ainsi être mise en défaut dans ces cas où l'affect domine les causes de l'action²¹², sachant qu'alors la difficulté se portera sur le point de la mesure de cette domination. La responsabilité morale subsiste certes, parce que le mouvement qu'initiait l'affect est bien continué avec une forme d'accord, ou de reddition, de la volonté, mais la responsabilité juridique est moins facilement identifiable. Ou du moins suscite-t-elle discussion dès l'instant que l'introduction de l'affect lie le problème de la causalité à celui de l'imputation. La causalité devient pour ainsi dire une problématique interne à l'imputation, ce qui ne paraît être le cas que dans une situation affective.

118. En effet, lorsque l'élément affectif est en jeu, parce qu'il a la particularité d'être une voie de communication entre l'interne et l'externe, entre l'autonome et l'hétéronome, la causalité et l'imputabilité semblent prendre toutes deux ses caractères. Pour l'auteur de l'acte, qu'il soit d'ailleurs susceptible d'entraîner une responsabilité civile ou pénale, sa liberté²¹³ et sa conscience seront du coup constituées dans une certaine forme de dépendance à l'autre. L'imputabilité de l'acte peut donc être admise quoique l'on en puisse

²⁰⁹ Cf. *supra*. p. 50.

²¹⁰ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Les obligations, 2-Le fait juridique*, 13^{ème} édition, Sirey, Paris, 2009, n°99 et s. ; Fabrice LEDUC, « causalité civile et imputation », in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, Colloque de Rennes, RLDC, 2007, n°2631, p. 21 ; Jérôme FISHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », in *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 383 à 396.

²¹¹ Yves MAYAUD, « Les malades mentaux entre non imputabilité et imputation », in *AJ Pénal*, 2004, p. 303. « A l'imputabilité correspond, nous l'avons dit, le fondement de la responsabilité, celle-ci ne pouvant être sans une action libre et consciente. (...) C'est dire que, dans l'ordre rationnel des choses, l'imputabilité précède nécessairement la culpabilité, en ce sens que le débat sur l'intention ou la non-intention est inutile s'il est acquis que l'auteur de l'infraction n'a pas eu la liberté ou la conscience de ses actes. ».

²¹² Mais il peut au fond en aller toujours ainsi : « Il n'y a pas lieu de parler de responsabilité à moins qu'il n'y ait un choix, à moins qu'il n'y ait une perspective qui rende légitime l'imputation d'un acte. Or un monde rigoureusement enfermé dans la causalité envahissante de sa propre existence « matérielle » ne connaît pas de liberté, il ne peut la connaître au seul sens vrai du terme », Hans-Albrecht SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Eléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXI, L.G.D.J, Paris, 1976, p. 83.

²¹³ Cf. *supra*. p. 62.

discuter le degré²¹⁴. Quant au lien de causalité, objectivement regardé, il permet bien de lier l'acte à un auteur, mais de façon indirecte, puisque la cause première qui est affective vient d'ailleurs. Sa source est extérieure au sujet qui agit.

Chacun de ces deux types de relation établie entre un homme et son comportement se trouve en quelque sorte contaminé par l'affection qu'il porte, et qui est bien pourtant la raison, le sens, de ses agissements. Cela révèle certainement une originalité des rapports de l'affect à la responsabilité dès lors qu'il faut admettre qu'ailleurs la question de l'imputation et celle de la causalité demeurent respectivement dans le champ de l'examen de la conscience de l'auteur²¹⁵ et dans celui de l'enchaînement objectif des causes et des effets. Bien que cette distinction soit certainement plus nette dans le champ civil que dans le champ pénal, il reste qu'elle est possible en principe.

Or, lorsque l'affect intervient, et lorsque c'est *pour* lui que la personne agit, il est une cause autant qu'une raison d'imputation en ce point du lien causal qui touche à la personne²¹⁶.

119. Dans le trouble potentiel que l'affect induit en fondant des éléments de causalité et d'imputabilité, il apparaît donc qu'il intervient à l'extrémité de la responsabilité touchant à la personne. Mais l'affect pourrait jouer encore un rôle d'un autre côté, dans le lien qui existe entre l'acte dommageable et la détermination de la responsabilité.

²¹⁴ Ainsi pour la catégorie des crimes dits « passionnels » le non-lieu n'est-il prononcé que dans de rares hypothèses de pathologies mentales lourdes, et c'est plus généralement une altération du discernement qui est retenue. Tel avait été le cas par exemple dans une affaire de parricide, jugée par la cour d'Assises du Doubs, le 20 décembre 2013, n°29, où un homme a été condamné à vingt ans de réclusion criminelle, ainsi qu'à un suivi socio-judiciaire de quinze années, pour avoir assassiné son père, alors qu'il était en état d'ivresse et qu'il été diagnostiqué comme souffrant de troubles bipolaires.

²¹⁵ Ce propos peut néanmoins être mis en perspective si l'on s'en réfère à une définition plus objective de l'imputation. Voir Yan-Patrick THOMAS, « Acte, Agent, Société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », in *A.P.D.*, Tome 22, *La responsabilité*, Paris, 1977, p. 63 à 83. « La responsabilité implique pour nous un engagement personnel. Répondre de ses actes, c'est en accepter par avance l'éventuelle sanction, c'est projeter dans le futur la personne débitrice de l'agent. (...) C'est en ce sens que l'acte ne vaut que comme prolongement de la personne, et que notre droit se formule comme une éthique des comportements. L'analyse du langage juridique romain dévoile une toute autre conception », p.71. et l'auteur poursuit en indiquant qu'à Rome : « L'homme coupable est pris globalement, et de l'extérieur, en tant que cause productrice de l'acte. », p. 73.

²¹⁶ *Ibidem*. « Significativement, la passion (*impulsio*) sera invoquée par l'accusateur pour confirmer la probabilité du crime, tandis que l'avocat de la défense s'efforcera de prouver que son client n'était sous l'empire d'aucune passion : la répartition des rôles et des arguments est l'inverse de celle que nous connaissons ». Certes, la place de la passion est inverse puisque c'est plutôt l'avocat de la défense qui l'évoque aujourd'hui pour repousser l'idée de toute préméditation, mais pour autant, ce renversement de perspective prouve que l'élément affectif peut-être en logique positionné aussi bien du côté de la causalité que de celui de l'imputation. Il y a une ambivalence de l'affect.

II. L'ÉLÉMENT AFFECTIF DANS LE RATTACHEMENT DE L'ACTE A LA RESPONSABILITE

120. Du constat qui vient d'être fait, une autre conséquence doit être tirée. Puisque l'élément affectif joue sur cette extrémité du lien qui rattache une personne à son action, **il faut encore se demander s'il a un rôle à l'autre bout de ce lien, qui touche au fait.** En effet, l'acte, qu'il soit dommageable ou simplement causal, pourrait subir l'influence de l'affect qui lui donne son sens. On peut de prime abord s'en étonner, puisque l'affection est typiquement conçue comme une donnée personnelle, qui ne pourrait en aucune façon intervenir sur un objet inanimé ou conceptuel.

A l'examen pourtant, il apparaît que l'obligation à laquelle l'auteur contrevient lorsqu'il engage sa responsabilité envers un membre de sa famille, au nom ou au mépris de l'affection, se trouve elle aussi influencée par la confusion qu'opère l'affect entre causalité et imputation. En effet, l'élément affectif est en mesure de modifier ou de fonder le sens d'un devoir juridique²¹⁷, et partant, il intervient aux deux extrémités du lien causal. Ce n'est pas seulement l'auteur de l'acte qui se trouve être à la fois actif et passif, mais c'est encore l'acte lui-même qui ne peut être le support d'une responsabilité que sous des conditions qui sont déterminées par l'affection.

121. Ainsi, **si l'on observe dans la responsabilité juridique l'obligation statutaire et l'obligation contractuelle, il apparaît que l'élément affectif les attache toutes deux d'une façon particulière à leur créancier et à leur débiteur.** En tant qu'il est déjà un lien, l'affect semble se superposer au lien d'obligation²¹⁸ et en modifier potentiellement la teneur²¹⁹. Lorsqu'il s'agissait d'étudier le rapport entre le comportement et son auteur, l'affection, parce qu'elle est communication et dynamisme du monde vers soi et de soi vers le monde, rendait l'imputabilité plus hétéronome, et la causalité plus intérieure. De

²¹⁷ Cf. *supra* sur Pradines pour une reprise de ses arguments, p. 72. .

²¹⁸ « Ce substantif [*obligatio*] propre à la langue du droit romain, apparaissant relativement tard, signifie étymologiquement l'acte de lier et le lien qui en résulte, traduisant une conception objective de la notion qu'il sous-tend. », Georges PIERI, « Obligation », *In A.P.D.*, Tome 35, 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, p. 221.

²¹⁹ Il ne s'agit pas ici de s'arrêter à la question d'une forme d'obligation naturelle, qui bel et bien se retrouve dans les rapports familiaux. Cf. article 1325 du Code civil al. 2. Il s'agirait plutôt ici de situer plus largement la question de la responsabilité familiale, en ne restreignant pas l'étude à l'obligation civile, et en voyant d'ailleurs comment des obligations peuvent être à la fois civiles et grevées par la préexistence d'un affect entre débiteur et créancier.

la même façon, lorsque c'est le rapport entre le comportement et l'obligation qui le rend responsable, qui est analysé, l'affect modifie les frontières du passif et de l'actif²²⁰, et la dépendance de l'un envers l'autre ne semble plus pouvoir s'observer de manière univoque.

Le débiteur de l'obligation est en même temps « créancier », mais non pas seulement d'une obligation qui en serait le reflet, comme cela advient dans tous les engagements synallagmatiques. Pour un même lien d'obligation, celui qui est le débiteur en droit, parce qu'il est lié à son créancier sur un plan personnel aussi, n'est pas simplement dépendant de lui.

En effet, d'une part il apparaît que, même dans le lien marital, la non exécution de l'un n'excuse ni ne justifie la non exécution de l'autre. De là le constat d'une indépendance des obligations qui attachent les membres de la famille²²¹. Même lorsqu'elles sont nommées « réciproques »²²², elles sont chacune causées bien plus par l'affection que les deux protagonistes sont supposés se porter que par l'existence d'une contrepartie. L'obligation qui double un lien affectif est au fond *gratuite*. Mais d'autre part, et c'est là qu'une équivocité intervient, la mauvaise exécution d'une obligation dans la famille entraîne une responsabilité qui est bien mesurée à l'aune d'une situation familiale concrète, dans laquelle la part d'obligation de chacun de ceux qui étaient en interdépendance est examinée. Les rapports des créanciers et des débiteurs entre eux modifient donc en ce sens l'appréciation de la causalité, puisqu'ils interviennent comme des explications « objectivisables » des éventuels manquements condamnés²²³. L'imputabilité devient sous cet angle de nouveau problématique puisque la tentation est grande alors de faire de la situation un fait, qui se serait pratiquement imposé aux personnes, sans qu'elles n'y puissent intervenir²²⁴. Dans l'interdépendance

²²⁰ Celui qui est obligé est en principe passif au sens où il subit une dépendance vis-à-vis de son créancier. Telle est la situation générale de l'obligation. Ce rapport n'est pas aussi net lorsque l'affection est en jeu. En deçà de cette question, c'est peut-être la frontière du voulu et du non-voulu qui est perturbée. Cf. *supra*.

²²¹ Pour la déclaration d'indignité ou la déchéance de l'obligation alimentaire néanmoins, cf. *infra*. Leur existence ne remet pas en cause le constat ici formulé, dès lors qu'elles ne font disparaître l'obligation que lorsque les manquements de celui qui en était le créancier sont « particulièrement » graves. Un manquement simple ne pourrait avoir une telle conséquence. Articles 207 et 727 du Code civil.

²²² C'est le cas de l'obligation alimentaire. Article 207 du Code civil : « Les obligations résultants de ces dispositions sont réciproques ».

²²³ Ainsi en va-t-il des torts des époux, qui ne s'annulent pas réciproquement mais qui interviennent pourtant chacun dans le prononcé du divorce, quoiqu'ils atténuent bien la responsabilité : « le divorce qui est alors prononcé, *divorce aux torts partagés*, n'est point un divorce avec deux coupables (comme c'était le cas, avant 1975, du divorce aux torts et griefs réciproques), mais bien un divorce à culpabilité atténuée, moralement neutre (...) », Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, PUF, Paris, 2004, p. 1298.

²²⁴ Une telle interprétation est notamment adoptée parfois lorsque dans l'examen d'un divorce les juges refusent de prononcer un divorce pour faute en considérant que la mésentente conjugale est une « faillite », qui ne peut être imputée à aucun des époux. Aix, 15 septembre 1982, D. 1984, II, 267, note Christian ATIAS et

concrète des obligations des membres de la famille, l'imputabilité se trouve également mêlée à la causalité, jusqu'à devenir pratiquement un événement inéluctable, la responsabilité échappant alors presque complètement aux personnes, et devenant une forme de fatalité.

122. Il apparaît enfin que l'obligation générale de laquelle chacun est débiteur et qui commande de ne pas nuire à autrui acquiert un sens plus fort lorsque l'affect est en jeu. Si le lien d'obligation est un rapport d'échange, puisque même en dehors d'un rapport synallagmatique il existe une condition de réciprocité au moins potentielle, le lien affectif serait davantage un lien d'alliance²²⁵, ou de solidarité, dans lequel ce que chacun doit ne trouve pas sa cause dans ce que l'autre doit, ou peut devoir en retour. L'élément affectif est pratiquement en lui-même la cause au nom de laquelle l'obligation existe dans ce cadre précis des rapports entre proches d'une même famille, puisque c'est ici qu'un lien statutaire de droit double un lien de fait²²⁶. Ailleurs, par exemple lorsque des relations affectives existent entre deux personnes qui ne font pas partie d'un même groupe familial²²⁷, le lien affectif existe seul et fonde peut-être une forme d'obligation morale. Ce n'est que dans la famille qu'il s'incruste dans un lien juridique.

L'élément affectif est une communication entre deux mondes, l'interne et l'externe, mais il n'est pas réciproque, contrairement à ce qu'est en principe le lien de droit²²⁸. Lorsque donc une obligation juridique pèse dans la famille, se superposent deux rapports, dont l'un est réciproque et l'autre singulier. Le débiteur de l'obligation est certes un créancier, au moins potentiel, d'une obligation de même nature, mais la cause de son obligation n'est pas dans celle-ci²²⁹. Dans le même temps, pourtant le lien affectif sera observé pour déterminer le caractère fautif de l'action qui apparaît sous un jour plus difficilement imputable.

Alain SERIAUX ; civ. 2^{ème}, 8 octobre 1986, Bull. civ. II, n°144 ; Bordeaux, 19 novembre 1996, D. 1997, II, 524, note Thierry GARE ; Dr. Fam, 1997, n°60, obs. Hervé LECUYER ; RTD civ. 1997, 403.

²²⁵ L'alliance s'entend ici en un sens plus large que celui qui désigne l'union volontaire de deux personnes. Pour une application de ce type d'analyse aux rapports des époux, voir Janick ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles », in RTD civ. 2000, p. 735.

²²⁶ Le seul autre groupe à la rigueur dans lequel il serait possible de retrouver une configuration analogue serait la société. Voir le parallèle rapide établi avec l'*affectio societatis* en introduction, *supra* p.

²²⁷ Un rapport d'amitié par exemple, dans lequel une entraide peut intervenir sans qu'aucun lien de droit n'existe.

²²⁸ On peut renvoyer ici pour partie à Emmanuel LEVINAS, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1974, p. 189. « (...) Dans l'ordre de la loi, de la justice, la réciprocité est rétablie sous peine de pervertir la justice, de la retourner en son contraire. Dans la réciprocité des rapports caractéristiques de la civilisation, l'asymétrie de la relation intersubjective s'oublie ».

²²⁹ Les exemples les plus frappants sont peut-être ceux qui existent dans un champ contractuel dans la famille : le sens d'un engagement pour le futur se trouve certainement modifié lorsque la personne s'engage entière et non pour une prestation. Voir les études de Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., Paris, 1994, n°84 ; Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} édition, Sirey, Paris,

123. Des deux ordres qui se superposent ainsi lorsque l'affect joue dans l'imputation et dans la causalité d'une responsabilité familiale, il ressort ainsi certaines difficultés qui sont propres à ce domaine. Il reste que ces difficultés peuvent être, sinon dissipées, au moins quelque peu jugulées à la condition de distinguer non pas en fait l'obligation juridique de l'« obligation affective », mais l'imputabilité morale de l'imputabilité juridique.

Paragraphe 2. distinction de l'imputabilité morale et de l'imputabilité juridique

124. **Sur cette question, il faut donc relever qu'il existe en vérité un paradoxe profond, même au plan moral, entre la gratuité de l'affect qui lie entre eux les membres d'une famille, ou qui du moins devrait les lier entre eux, et le fait que la famille soit en même temps le lieu de tous les devoirs.** Tout se passe comme si l'on devait en permanence s'acquitter de la dette que l'on a essentiellement envers ses parents et son conjoint, sans sentir qu'elle est due. Il faudrait *devoir* sans se sentir *obligé*, ou bien plutôt donner de soi-même ce que l'on doit²³⁰.

Ce n'est plus alors sous sa forme classique que se poserait la question de la conciliation du devoir et de l'amour, pour laquelle il a été vu que la discussion philosophique était âpre²³¹. Au-delà de cette opposition apparente, c'est peut-être davantage le problème de l'ambivalence de ce don d'un élément affectif à portée normative qui doit attirer les regards. La responsabilité juridique intervient pour rappeler qu'il fallait donner ce que l'on devait, mais, en la matière plus qu'ailleurs, elle sera impuissante à rétablir l'équilibre rompu, puisque celui-ci ne pourra jamais se contenter d'une action faite sous l'empire d'une décision de justice. L'existence même d'un équilibre à la base pourrait se trouver remise en cause dans un

1910, p. 206 ; Jean-Marc TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, p. 189 à 202.

²³⁰ Jean GUITTON, « Le point de vue du psychologue : les relations de famille », in *Recherches de la famille. Essai sur l'« Etre familial »*, Gabriel Marcel (Dir.), Editions familiales de France, Paris, 1949, p. 179 à 198. Voici comment il expose les termes de ce problème : « A chaque moment de la vie les relations de famille nous présentent certains devoirs extrêmement précis à remplir, quotidiens, nécessaires, donnant une satisfaction de chair, de cœur, d'esprit et d'âme. Par là, ce ne sont jamais des devoirs purs et des obligations sociales, mais des liaisons, des incarnations, des services où le tendre et l'onéreux se mêlent et se colorent », p. 196.

²³¹ Cf. *supra*, et notamment sur Maurice PRADINES p. 72.

rapport affectif où chacun est singulièrement obligé, en même temps que sa responsabilité est interdépendante des obligations auquel l'autre aura manqué ou non. Ce n'est pas seulement la question de l'accord du devoir au sentiment qui se joue ici, mais c'est encore celle de l'opposition apparemment insurmontable de la sanction, ou plus généralement des effets de la responsabilité juridique, avec l'affect. Le principe de la responsabilité peut se le concilier, mais les effets qui sont attachés à la responsabilité en droit semblent toujours manquer leur cible morale.

125. En effet, s'il est possible, même dans une vue bien éloignée des conceptions d'un Pradines²³² ou d'un Scheler²³³, **d'admettre que l'affect aille dans un sens conforme à celui qu'un devoir indiquait, l'on pourra moins facilement accepter que le geste d'amour que l'on aura d'abord refusé d'accomplir puisse retrouver sa valeur après que l'on y ait été contraint.** Si l'on ne reconnaît pas soi-même la dette que l'on doit aux siens, il devient impossible de l'exécuter en vérité. En dehors du champ de la responsabilité civile, il est d'ailleurs notable que tout un pan de la doctrine défavorable à l'intervention du droit pénal en matière familiale se fonde sur cette inefficacité de la sanction dans ce cadre particulier²³⁴. Une objection pourrait être formulée à cette idée d'une spécificité familiale, puisqu'il est bien vrai que la responsabilité ne fait que compenser ou sanctionner ce qu'elle ne peut de toute manière en aucun cas réparer. Le mal commis ne peut certes être annulé, et nul n'a attendu le droit de la famille pour s'en apercevoir²³⁵. Néanmoins, il apparaît que, dans la famille, l'élément affectif peut intervenir dans la responsabilité pour en compliquer les relations causales ou d'imputabilité, du fait de l'absence de réciprocité qu'il suppose. Si chaque obligation est au plan moral singulière, et si elle ne devient pas parfaitement réciproque, mais à la rigueur mutuelle²³⁶ au plan juridique, alors l'équilibre qu'il incombe à la responsabilité de rétablir n'est plus un équilibre qui peut s'apprécier à partir d'une idée d'égalité.

²³² Maurice PRADINES, op. cit.

²³³ Max SCHELER, op. cit.

²³⁴ Pierre-Emmanuel TROUSSE, « Les sanctions pénales du droit de la famille », in *Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIIIème journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de droit de la famille à Woluwe-Saint-Lambert (Bruxelles), Bruylant, L.G.D.J., Paris, 1978, p. 638 à 659.

²³⁵ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations, 2-Le fait juridique, 13ème édition, Sirey, Paris, 2009, n°388 et s. ; Geneviève VINEY, Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, Jacques Ghestin (dir.), 3ème édition, L.G.D.J., Paris, 2008, n°65.

²³⁶ Jannick ROCHE-DAHAN, op. cit.

126. C'est là à la fois une spécificité de la configuration étudiée ici, et un paradigme de la responsabilité : l'élément affectif prive dès son fondement la responsabilité de toute efficacité si elle vise le rétablissement d'un équilibre alors que partout ailleurs elle peut remplir imparfaitement au moins ce rôle.

En acceptant cependant de distinguer le plan de l'obligation affective qui n'est pas à proprement parler une relation « d'équilibre », et de l'obligation juridique qui s'y surajoute, et qui est bien constituée d'un équilibre et d'une réciprocité, il est possible d'abord d'expliquer qu'ici l'appréciation de la faute et de ses effets soit liée à l'examen concret d'un contexte donné. Mais ensuite, il est possible également d'admettre une réparation ou une sanction²³⁷ qui soit, bien qu'imparfaite, fondée sur la représentation juridique d'une situation humaine qui n'est pas analysable autrement. De cette manière, la responsabilité qui est engagée dans la famille pourrait s'adosser à un élément concret auquel elle ne doit pas s'assimiler, sous peine de fragiliser tous ces fondements.

²³⁷ Pour une étude de la relativité de la distinction entre réparation et sanction, voir Jean-Christophe SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Responsabilité civile et assurances*, n°5, mai 2013, dossier 23.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

127. Loin d'être en fait incompatible avec l'idée même de responsabilité, l'élément affectif est en mesure de communiquer avec elle, et de la guider lorsqu'elle doit s'exprimer dans le cadre complexe des relations familiales.

L'élément affectif n'est en effet d'une part un obstacle à l'expression de la rationalité, puisqu'il participe à l'élaboration de la volonté, et surtout puisqu'il est une condition de notre liberté. De ce point de vue, il est donc possible de relever que la présence de l'affect dans un système de responsabilité n'a en fait aucune raison d'être exclue en principe. Il n'est pas judicieux de tirer de l'existence de points d'incompatibilité, qu'il ne s'agit pas de nier, l'idée d'une impossible entente. L'examen révèle bien au contraire que lorsque la responsabilité intervient dans la famille, l'affect est un élément moteur, qui participe implicitement aux fondements sur lesquels elle repose alors.

D'autre part, l'élément affectif s'accommode finalement de la distinction qui existe entre sa gratuité essentielle et le prix de la réparation ou de la sanction qu'instaure la responsabilité en droit. Il fait mieux en vérité que de s'en accommoder : il est un pont nécessaire entre deux ordres qui, bien que distincts, et parce que distincts, ont besoin de communiquer. Son mystère n'est pas un de ceux dont il faut se méfier, mais au contraire une source à laquelle la responsabilité gagne à s'abreuver, même si elle ne peut, de son point de vue, en saisir la totalité. Du constat très direct de l'existence d'un élément affectif dans la famille et de certaines problématiques spécifiques à l'engagement d'une responsabilité juridique dans ce champ, doit donc être induite l'idée d'une interaction entre l'affect et la responsabilité, qui, dès lors qu'elle n'est plus ignorée, peut avoir une valeur non seulement explicative, mais encore normative.

128. Tout ceci prouve que l'affect, qui était *a priori* tout empesé de préjugés sur sa nature, **peut en principe se trouver au contact direct de règles de responsabilité**, et de leur application judiciaire. Encore faudrait-il, après le principe, chercher à découvrir ce qu'il en est dans la pratique.

Il est impossible d'ignorer, sur cette voie, que les préjugés qui ont été levés tout à l'heure, sont encore bien présents dans notre système juridique, et que c'est donc d'abord sous

une forme quelque peu dévoyée que l'on retrouvera la piste de la responsabilité lorsqu'elle se teinte d'affect.

129. Ce sont donc d'abord des logiques de la responsabilité, sans qu'un mécanisme particulier soit pourtant mis en place, ou bien des avatars de responsabilité, c'est-à-dire des mécanismes permettant l'échange et la réponse d'une personne en face d'une autre à laquelle elle aura causé un dommage, qui peuvent encore être rencontrés, avant de se trouver face à la responsabilité elle-même.

Chapitre 2. ACTUALITE DE L’AFFECT DANS LA RESPONSABILITE FAMILIALE

130. Une fois l'apparente incompatibilité de l'élément affectif et de la responsabilité dépassée, il faut encore chercher, avant de pouvoir véritablement étudier les mesures dans lesquelles l'affect intervient directement sur les liens de responsabilité dans la famille, **à déterminer s'il n'existerait pas des mécanismes implicites** qui révéleraient leur interaction. De tels mécanismes seraient donc mis en place sans que la responsabilité soit invoquée, soit parce qu'elle est précisément écartée au nom de l'affect, ce qui n'exclut pas alors l'interaction mais justifie donc un exceptionnel retrait de la logique responsable²³⁸, soit parce que d'autres formes de sanctions ou de compensations spécifiques ont été organisées, qui jouent le rôle de la responsabilité, c'est-à-dire qu'ils visent à rééquilibrer une situation dans laquelle un mal a été commis, sans passer forcément par chacune de ses exigences²³⁹.

Il existe une différence de situation entre l'affect qui suscite un oubli de la règle de responsabilité notamment parce qu'un pardon²⁴⁰ est considéré comme la valeur suprême à atteindre alors (Section I), et celui qui agit d'une façon plus « sensualiste » et qui est estimé encore comme d'une valeur inférieure à celle que défend le droit et où alors une forme de compensation est organisée sans qu'elle porte néanmoins le nom de responsabilité (Section II).

²³⁸ Le fait qu'il existe un domaine précisément circonscrit d'exceptions pourrait bien en effet confirmer le principe général d'une possible communication de ces deux éléments, affectif et responsable, ailleurs dans la famille. Mais surtout, il y a encore interaction lorsqu'il s'agit de déterminer les cas dans lesquels l'affect justifie que soit écartée la responsabilité.

²³⁹ Les mécanismes dont il sera ainsi question ici prévoient chacun un régime spécifique, qui en fait revient souvent à cadrer des conditions relatives à la causalité ou à l'appréciation du comportement fautif, de sorte que les difficultés soulevées dans le chapitre précédent s'en trouvent en principe écartées.

²⁴⁰ Voir Vladimir JANKELEVITCH, *Le pardon*, Aubier, Paris, 1967, 216 p. Et par exemple en droit pénal, pour une étude sur les différentes formes que peut prendre le pardon, voir Caroline GATTO, *Le pardon en Droit pénal*, Roger BERNARDINI (dir.), P.U.A.M, 2014, 496 p. « (...) le pardon est généralement pensé dans la morale comme un acte inconditionnel, sans exception et sans restriction : il consiste, sans justification rationnelle ou juridique, en un don gracieux de l'offensé à l'offenseur », p. 18.

Section I. Les disparitions de la responsabilité au nom de la supériorité de l'affect sur la norme

131. Il faut traiter ici des cas où le droit se refuse à voir une quelconque responsabilité. Concrètement, ce terrain est bien une preuve encore de l'incidence d'un élément affectif sur la responsabilité dès lors que la détermination de ces situations exceptionnelles d'où la responsabilité est exclue n'a de sens que parce que les conditions de la responsabilité y sont bien en apparence réunies. La responsabilité disparaît donc d'un champ où il fallait pourtant l'attendre, parce qu'un acte a bien causé un dommage, et parce que cet acte est, en droit imputable à un auteur déterminé.

Cette disparition paraît pouvoir s'expliquer, ou au moins s'éclairer, par l'existence de l'affect entre les protagonistes de cette scène. Bien qu'il n'y ait pas d'incompatibilité « de nature » entre l'affection et la responsabilité, il est bien des cas où la responsabilité se trouve exclue, semble-t-il par la prévalence d'un affect. Ce dernier peut intervenir de deux façons différentes, parce que le droit peut d'une part chercher à le protéger comme une sphère pratiquement sacrée, à l'intérieur de laquelle il accepte de ne pas introduire de responsabilité, au nom d'une paix des familles parfois absolutisée, ou au nom d'une supériorité de la valeur affective. D'autre part, la responsabilité peut être évincée parce que l'élément affectif semble mettre en échec justement cette hiérarchisation des valeurs. Il agit alors comme un élément neutralisant²⁴¹.

Ainsi, le spectre d'étude ira des immunités familiales que le droit pénal organise, aux cas où les parents ne voient pas leur responsabilité engagée lorsqu'ils manquent pourtant à leurs devoirs légaux.

132. Le cas des immunités familiales est le premier auquel on pense lorsque l'on se penche sur les situations dans lesquelles une responsabilité est évincée par la présence d'un élément affectif, *a priori* jugé supérieur dans les relations familiales (Sous-section I).

²⁴¹ Cela ne peut en fait manquer de surprendre, si l'on s'en tient à l'analyse de Louis LAVELLE par exemple dans son *Traité des valeurs, Tome second : Le système des différentes valeurs*, P.U.F, collection Logos, 1955, 560 p. Il a été en outre plus haut démontré que l'élément affectif jouait un rôle dans la détermination de ce qui pouvait être dû dans la famille, en existant comme un lien d'obligation sous-jacent au lien d'obligation juridique. Ce sont donc des situations bien spécifiques et qu'il faut considérer comme exceptionnelles qui feront ici l'objet d'un examen, puisqu'elles présentent les limites de cette portée normative de l'affect.

Mais il existe en vérité un certain nombre de situations dans lesquelles aucune responsabilité n'est envisagée, et donc *a fortiori* où l'immunité n'est même pas nécessaire, alors qu'il serait pourtant, d'un point de vue purement juridique, possible d'y déceler un responsable, un dommage et un lien de causalité entre eux. Ces situations recouvrent donc des cas de responsabilité qui sont impensés, au nom, semble-t-il d'un affect qui neutraliserait ses conditions (Sous-section II).

Sous-section I. LES IMMUNITES FAMILIALES ET LA VALORISATION D'UN AFFECT SUPERIEUR

133. Le droit positif prévoit des cas d'immunité, dans lesquels un mal pourtant causé ne donnera pas lieu à l'engagement d'une responsabilité. Que ces immunités soient posées, au négatif, au nom d'une paix supérieure des familles ou bien au nom d'une valeur positive de l'affection à défendre, leur étude permet de déceler les rapports qu'entretiennent affection et responsabilité. Les immunités familiales, peuvent s'exercer entre époux ou bien dans la relation filiale ou fraternelle²⁴² (Paragraphe 1).

134. Mais ensuite, pour déterminer si l'affection modifie une responsabilité qui pourrait exister ou bien si elle met en échec la réunion même des conditions de la responsabilité, **il faut reprendre rapidement le débat sur la nature de l'immunité²⁴³** : si elle est un empêchement de forme, et qu'elle fait obstacle à une responsabilité qui existe bien à l'origine, alors il n'est pas besoin de rechercher ailleurs la démonstration de l'existence d'une responsabilité modifiée par l'élément affectif dans ce domaine. L'immunité en elle-même serait alors suffisante. Si au contraire l'immunité est un empêchement de fond qui

²⁴² Elles disqualifient un certain nombre d'*infractions*, telles que celles commises contre les biens ou bien celles commises pour la protection d'une personne criminelle, pour citer les plus représentatives. Articles 311-12, 313-3, 314-4, 312-9 et 312-12 du Code pénal pour les atteintes aux biens. Articles 434-1, 434-11, 434-6 du Code pénal pour les *infractions* constituées dans le but de protéger un membre de la famille criminel.

²⁴³ Yves MAYAUD, « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Juin 2009, p. 541 à 551.

empêche la responsabilité de naître, alors elle sera un exemple d'incompatibilité actuelle entre l'affection et la responsabilité, au nom d'une valorisation de l'affection²⁴⁴ (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les immunités familiales entre paix des familles et valeur positive de l'élément affectif

135. Des immunités doivent être prévues lorsqu'une situation donnée pourrait donner lieu à une responsabilité, que l'on choisit d'écarter au nom d'un « intérêt » supérieur²⁴⁵. Il est donc question d'établir une balance entre deux faits qui présentent la particularité d'être pour l'un conforme à une prescription législative, pour l'autre conforme à une prescription morale qui apparaît supérieure, quoiqu'éventuellement contraire à une règle de droit²⁴⁶.

Lorsque de telles immunités sont organisées à l'intérieur de la famille, l'affection peut être, pour ce qu'elle recouvre de valeur, ce qui en explique le sens. C'est alors la relation particulière qui unit soit la victime et le coupable, soit le coupable et celui qui le protège contre la loi, qui fonderait l'existence de tels mécanismes. Cela ne va pas de soi, dès lors qu'un principe moral pourrait aussi bien être invoqué, et que donc l'élément affectif pourrait n'être qu'un élément au second plan, qu'un surplus dont l'explication pourrait se passer. Lorsqu'en effet une règle existe et s'interpose entre la spécificité du lien familial et la règle de droit qui se trouve mise en échec²⁴⁷, c'est à elle que reviendrait le mérite de la justification de l'immunité.

²⁴⁴ Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, Litec, Villeneuve-d'Ascq, 2010, n°1131 et 1132.

²⁴⁵ Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 6^{ème} édition refondue, Thémis, PUF, Paris, 2005, p. 281 et 282. ; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, 3^{ème} édition, Ellipses, Paris, 2014, n°454.

²⁴⁶ Cette opposition entre la prescription morale et juridique n'est qu'éventuelle puisqu'il est des cas d'immunités où les deux intérêts en présence sont tous deux posés par la règle de droit : telle par exemple l'exclusion de la qualification de recel le fait de produire en justice des documents obtenus en violation du secret de l'instruction pour établir son innocence. Le droit de la défense s'oppose au droit du secret de l'instruction. Les deux impératifs posés sont à la fois juridiques et moraux. Cf. Crim. 11 juin 2002, Bull. crim. 2002, n°132 ; JCP 2003, II, 10061, note Emmanuel DREYER ; Dr. Pén. 2002, comm. 135, obs. Michel VERON ; D. 2004, somm. p. 317, obs. Bertrand de LAMY ; Rev.sc. crim. 2003, p.93, obs. Bernard BOULOC.

²⁴⁷ Un parallèle peut être fait en ceci avec la notion de dispense : cf. Christophe BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Paris, Editions Panthéon-Assas, L.G.D.J, 730 p.

136. Puisque **l'élément affectif est sous-jacent**, il pourrait dans ce cadre devenir une source qui peut bien être réelle d'explication, mais qui perdrait son utilité dans l'éclairage de la situation étudiée.

Il est donc nécessaire, pour circonscrire la place que tient l'affect dans la justification de ces immunités familiales, de distinguer ce qui relève d'abord de l'existence d'une prescription abstraite et morale, générale, de ce qui relève avant tout du respect d'un élément affectif liant concrètement les protagonistes qui sont ainsi libérés d'une responsabilité. Cette distinction paraît pouvoir en fait correspondre aux immunités qui sont appliquées aux atteintes aux biens d'une part (I), et à celles qui concernent plutôt la protection d'une personne contre les poursuites judiciaires auxquelles elle s'est exposée (II).

I. PAIX DES FAMILLES ET VALORISATION D'UN AFFECT TRONQUE **DANS LES IMMUNITES RELATIVES AUX ATTEINTES AUX BIENS**

137. Une telle détermination du rôle effectif de l'affection dans le fondement des immunités commande d'abord de distinguer nettement les cas dans lesquels l'immunité touche celui qui a nuit à un membre de sa famille sans pouvoir être inquiété par la mise en œuvre d'une responsabilité pénale, des cas dans lesquels l'immunité s'applique à celui qui a protégé, en infraction de la loi, un membre de sa famille. En effet, il apparaîtra assez rapidement que dans le premier cas l'affection n'est pas en mesure de fonder l'immunité.

Tout se passe bien plutôt comme si un droit de nuire était instauré. Ce sont certes des atteintes aux biens qui sont ainsi tolérées²⁴⁸, et encore ne sont-elles pas en principe susceptibles de faire disparaître complètement la responsabilité puisque les complices ou les receleurs pourront bien être poursuivis. L'infraction est constituée, mais l'action pénale qui devrait être menée contre son auteur principal est neutralisée, au nom du lien familial qui l'unit à sa victime. Le mal commis n'est pas nié, mais l'immunité empêche qu'il entraîne des

²⁴⁸ Vol, abus de confiance, chantage et extorsion. Les principales atteintes aux biens sont en fait ainsi exclues du champ des *infractions* qui peuvent être poursuivies lorsque l'auteur et la victime appartiennent à la même famille.

conséquences qui sont donc jugées si ce n'est néfastes, au moins plus dommageables que l'infraction elle-même. Une hiérarchisation de deux intérêts est bien faite, qui revient donc, dans le cadre d'une atteinte commise entre membres d'une même famille, à estimer que l'acte dommageable est préférable à la mise en œuvre de sa poursuite. Dans la mesure où cette immunité est limitée aux atteintes aux biens commises entre époux ou entre ascendants et descendants²⁴⁹, il faut bien se résoudre à admettre que ce sont ces liens familiaux particuliers qui expliquent l'immunité. Mais il faut encore savoir en quoi ces relations familiales interviennent.

138. L'exemple du vol est assez édifiant des difficultés qui peuvent survenir en cherchant à expliquer ce qui fonde l'immunité familiale dans ces cas. L'article 311-12 du Code pénal prévoit ainsi que le vol qui serait commis par un ascendant, un descendant ou un conjoint ne pourrait être poursuivi²⁵⁰. La raison d'une telle immunité a pu être recherchée du côté d'une forme de solidarité patrimoniale familiale²⁵¹, sans que cela puisse néanmoins emporter la conviction dès lors que la famille, n'étant pas une personne morale, ne possède pas de patrimoine unique, et reste donc bien constituée des patrimoines distincts de chacun de ses membres. Du reste cette hypothèse de la solidarité familiale exclurait complètement la constitution même de l'infraction et ne se contenterait pas de mettre en échec ses poursuites.

Une autre explication, plus solide peut-être, repose sur l'idée de la nécessité supérieure de maintenir une paix des familles²⁵². D'une façon indirecte il s'agit en fait encore de solidarité familiale, mais regardée cette fois-ci sous l'angle d'une unité familiale qu'il faudrait protéger de l'éclatement en limitant la portée des conflits qui peuvent y naître. La hiérarchisation qui s'opère alors ne manque pas de logique : puisque ces immunités visant l'auteur d'une infraction dirigée contre un membre de sa propre famille sont restreintes aux atteintes aux biens, il faudrait en déduire que les biens valent moins qu'une certaine harmonie

²⁴⁹ Les frères et sœurs sont ici exclus. Voir Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, 4^{ème} édition, LexisNexis, Paris, 2013, n°546.

²⁵⁰ Article 311-12 du Code pénal : « Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant ; 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le vol porte sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ».

²⁵¹ Pour une étude d'histoire du droit qui apporte un éclairage sur cette question, voir Gustave GLOTZ, *La solidarité dans la famille dans le droit criminel en Grèce*, Albert Fontemoing éditeur, Paris, 1904, consulté sur <http://www.gallica.fr>, p. 260 et s.

²⁵² Voir Emmanuel DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, Paris, 2008, n°913 et s. ; Michèle-Laure RASSAT, op. cit. ; Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} édition, éditions Cujas, Mercurès, 2014, n°845.

familiale, qui en revanche s'inclinerait devant les atteintes aux personnes. Une telle explication a le mérite de proposer un système cohérent.

Elle présente néanmoins au moins trois limites. D'abord, il serait aisé d'objecter que la paix familiale ainsi préservée est sans doute bien artificielle, puisqu'il ne s'agit que d'empêcher les poursuites et que l'infraction n'en demeure pas moins commise. Ensuite, il faut encore relever qu'après que l'on ait permis par exemple l'engagement de la responsabilité d'un époux envers l'autre, ou même celle d'un ascendant par un descendant au civil²⁵³, il devient difficile d'expliquer que le vol reste hors d'atteinte de tels mécanismes sur le plan pénal. Si une sanction civile est possible, la solidité du groupe familiale est sans doute déjà affectée, et l'engagement d'une sanction pénale ne la grèverait peut-être pas plus gravement. Seuls les symboles de l'engagement d'une responsabilité pénale, et les formes de ses effets peuvent expliquer une telle distinction, ce qui tout de même n'est sans doute pas négligeable. Enfin, si le fondement de l'immunité familiale en cas d'atteinte aux biens résidait dans cette exigence de la paix de la famille, il serait étonnant qu'en soient notamment exclus les frères et sœurs²⁵⁴.

Quoiqu'il en soit des imperfections de cette explication, il est clair qu'elle se passe très bien de la référence à un élément affectif, et s'en tient à des principes abstraits. Dans une telle mesure effectivement, il est difficile de concevoir qu'un affect pourrait justifier le mal commis, justement parce qu'il l'est à l'encontre d'un proche, et que c'est la raison même pour laquelle la responsabilité est mise en échec. Telle est du moins ce que dégage la première analyse.

139. Néanmoins, cette évidence peut être nuancée si l'on veut bien considérer qu'il existe alors sans doute une forme de présomption de pardon²⁵⁵, de la part de celui qui se trouve lésé. C'est là une troisième piste d'explication de l'immunité qui préserve de toute responsabilité pénale celui qui porte atteinte aux biens de son conjoint ou de son

²⁵³ Par l'utilisation de l'article 1382 du Code civil.

²⁵⁴ Sauf à considérer que les rapports fraternels sont moins importants pour la paix familiale que ceux des époux et des ascendants et de leurs descendants, ce qui après tout ne semblerait pas faire ici exception, dans un système où par exemple il n'existe pas d'obligation alimentaire civile entre frères et sœurs. Mais enfin, d'autres immunités familiales, qui portent cette fois sur les personnes les admettent au rang des personnes qui peuvent en bénéficier (cf. *infra.*), il existe donc bien ici une hiérarchisation des rapports familiaux spécifique de l'atteinte aux biens.

²⁵⁵ Vladimir JANKELEVITCH, *Le pardon*, Aubier, Paris, 1967, 216 p. Quoiqu'ici il faudrait encore poser la question de la pertinence du pardon que le droit impose donc à la victime en interdisant les poursuites du criminel. Dans la pensée de Jankélévitch justement le pardon est un acte qui engage la personne et qui ne peut donc que perdre son sens s'il est imposé du dehors, qui plus est par une autorité étatique.

ascendant ou descendant. Si ni la solidarité patrimoniale dans la famille, ni le maintien, peut-être artificiel de la paix des familles, ne peuvent parfaitement convaincre de la légitimité de cette règle, il reste la possibilité de se tourner vers une explication plus affective et tournée non pas vers les conséquences extérieures d'une atteinte aux biens dans la famille, mais vers des causes « intérieures ».

Plutôt que de considérer la cellule familiale comme l'unité à préserver par le moyen d'une neutralisation de la responsabilité pénale dans la cadre des atteintes aux biens, c'est au contraire le sentiment personnel de celui qui est victime d'un vol, d'un abus de confiance²⁵⁶ ou d'une escroquerie commis par son proche qui sert ici de justification. Il s'agit bien alors de regarder la personne avant le groupe. Dans ce cas, peuvent se trouver justifiés deux des trois griefs que l'on pouvait adresser à l'hypothèse de la protection de la paix des familles. En effet, la critique du caractère seulement formel et artificiel de l'harmonie ainsi préservée ne saurait s'appliquer, si ce qui est recherché n'est pas cette paix familiale, mais « seulement » un pardon de la part de celui qui est la victime, au nom d'un affect qui le lierait à celui qui est le coupable. En outre un tel pardon expliquerait que l'immunité dont il s'agit, lorsque les biens sont visés, n'empêche pas la constitution de l'infraction : puisque le pardon suppose justement que ne soit pas nié le mal commis, mais qu'au contraire il soit pris en compte pour ce qu'il est²⁵⁷. Reste que l'exclusion du bénéfice de cette immunité au nom du pardon continue de supposer une hiérarchisation des rapports familiaux au désavantage des relations fraternelles.

140. Mais surtout, si un tel commandement de pardon est bien ce qui éclaire l'existence d'immunités lorsque des biens sont atteints par le comportement d'un membre de la famille, **il faut se demander si l'affect n'est pas alors en vérité dévoyé**. Car, l'affect dont il est ici finalement question est un affect qui se trouve en fait imposé. La justification se vide de son sens si l'affect la fonde alors que cet affect n'a pas à être observé concrètement, mais est toujours supposé et abstraitement déduit de quelques relations familiales nommées. Le fait notamment que cette immunité soit automatique et ne puisse pas être rejetée par la preuve d'une mésentente familiale contribue très largement à repousser en fait le bien-fondé d'un tel

²⁵⁶ Pour une comparaison avec une étude sur l'abus de faiblesse dans la famille voir : Valérie MALABAT, « L'incrimination d'abus de faiblesse ou de la pénalisation des dissensions familiales », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Lonrai, 2012, p. 351 à 360.

²⁵⁷ Voir l'introduction de la thèse de Caroline GATTO, *Le pardon en Droit pénal*, Roger BERNARDINI (dir.), P.U.A.M, 2014, 496 p.

pardon organisé et imposé par la loi. Si d'ailleurs le Code pénal exclut bien du bénéfice de l'immunité pour les époux séparés de corps ou autorisés à résider séparément²⁵⁸, il est illogique de ne pas permettre une telle exclusion lorsque les liens entre ascendants et descendants se trouveraient de même perturbés. Il est révélateur d'une certaine conception de l'affect de mettre en son nom la responsabilité hors d'état de produire ses effets alors que l'observation de son actualité est rendue impossible par la facture du texte législatif lui-même. Il est une chose de poser un principe d'immunité, qui pourrait par exemple être renversé par la preuve rapportée par la victime d'une mésentente, mais c'en était une autre en vérité que rendre impossible toute poursuite d'un fait pourtant délictueux, qui ne perd rien de son caractère nuisible lorsqu'il est commis entre les membres d'une même famille.

141. Les immunités qui visent les atteintes commises à l'encontre des liens se trouvent donc difficilement justifiables en vérité. Le fondement de l'affection semblait mieux à même que d'autres d'expliquer leur mise en œuvre, mais la façon dont il est appréhendé en fait finalement une justification imparfaite. Il en va peut-être autrement des immunités qui visent plutôt à épargner à un proche le dilemme de la dénonciation ou de la trahison d'un membre de sa famille ou du respect du droit.

II. PAIX DES FAMILLES ET VALORISATION D'UN AFFECT CONCRET

DANS LES IMMUNITES FONDEES SUR LA PROTECTION D'UN

PROCHE

142. Lorsque les immunités familiales font obstacle à ce que soit engagée une **responsabilité pénale** pour refus d'informer les autorités d'un crime en train de se commettre ou susceptible de se renouveler²⁵⁹, pour refus de témoigner en faveur d'un innocent²⁶⁰, ou

²⁵⁸ Pour une application jurisprudentielle, Crim. 11 juin 1996, n°95-82.778, D. 1997, jur. p. 576, note Eric AGOSTINI, et obs. Bernard AUDIT, p. 286 ; Crim. 14 décembre 1999, n°98-82.980, D. 2000, p. 46.

²⁵⁹ Article 434-1 du Code pénal.

²⁶⁰ Article 434-11 du Code pénal.

pour recel de malfaiteur²⁶¹, **il est cette fois plus clair que c'est en vertu d'un lien jugé prévalant entre celui qui aurait dû être responsable et le membre de sa famille** qu'il protège par son silence ou par son abstention. Par rapport aux immunités qui visent les délits dont la victime et l'auteur appartiennent à la même famille, deux différences doivent attirer l'attention, et qui paraissent démontrer assez nettement que la considération de l'affection est cette fois-ci bien relative à une situation concrète.

143. La première différence est relative au cercle des personnes visées par l'immunité. Il est plus large que celui déterminant les bénéficiaires d'une immunité profitant à l'auteur d'une atteinte aux biens. Lorsque c'est la protection d'un proche qui est permise par l'immunité, les frères et sœurs et leurs conjoints, ainsi que ceux qui vivent maritalement avec l'auteur de la première infraction sont admis. Même si cette liste est d'interprétation stricte²⁶², son extension à un groupe familiale plus vaste semble montrer que la tolérance du droit à l'égard de celui qui préférerait protéger un proche plutôt que de contribuer à la bonne marche de la justice inclut ceux qui peuvent être liés au premier coupable. dans la mesure où cette fois-ci l'immunité ne consiste plus en une obligation de pardon entre proche, mais définit seulement, en négatif, des comportements acceptés, l'affection, si elle existe, sera libre de se manifester. Rien ne contraint par contre un proche à s'y conformer, et il ne peut bien évidemment en aucun cas se voir sanctionner s'il décidait malgré tout de ne pas aider son proche criminel.

C'est là bien plus qu'une différence de point de vue entre les premières immunités dont il a été question et qui visaient les atteintes faites aux biens. Au fond, c'est une logique complètement différente qui est ici adoptée. Il ne s'agit que de définir un domaine à l'intérieur duquel les personnes sont libres de faire prévaloir leur lien familial.

144. La seconde différence très remarquable entre l'immunité appliqué à celui qui aura porté atteinte aux biens de son proche et l'immunité de celui qui n'aura pas aidé la justice pour protéger son proche **porte sur la nature du comportement qui se trouve ainsi placé hors d'atteinte de la responsabilité pénale.** En effet, dans le second cas, il ne s'agit que de

²⁶¹ Article 434-6 du Code pénal.

²⁶² La Cour de cassation sanctionne en effet toute interprétation extensive de ces immunités, et cela est l'objet de certaines contestations en doctrine : Crim, 24 novembre 1960, Bull. crim. 1960, n°551. Notamment Emmanuel DREYER qui considère que cette sévérité est discutable, op. cit. n°1131.

garder le silence sur un événement, mais point d'exécuter des manœuvres qui nuisent directement à autrui.

Contrairement à l'auteur d'un vol de son parent par exemple, qui agit matériellement pour commettre un délit dont il est le premier responsable, celui qui ne dénonce pas par exemple le crime de son parent s'abstient seulement. Sa participation au mal est indirecte, et ne se fait qu'au nom d'une valeur qu'il est libre de juger supérieure.

145. A propos de ces immunités donc, qui existent lorsque certains crimes ou délits concernent deux personnes appartenant à la même famille, dont l'une protège l'autre des effets de la loi, **on les comprend certainement mieux en se penchant sur le sens de la trahison**²⁶³. En effet, il serait impossible d'expliquer qu'un parent puisse cacher son enfant criminel, ou qu'un époux puisse s'abstenir de dénoncer son conjoint, sans s'intéresser à la valeur supérieure qui est protégée par le biais de ces immunités²⁶⁴. L'immunité, parce qu'elle met cette fois complètement en échec la qualification même de l'infraction²⁶⁵, définit en fait deux types de situations : celles dans lesquelles le délit ne peut exister, et celles dans lesquelles il aurait pu exister mais il se trouve disqualifié parce que soumis à une valeur supérieure.

Ce mécanisme protège donc une valeur qui met, dans la famille, en échec des systèmes normatifs ailleurs valables. Pour le cas dans lequel la loi prévoit que l'on puisse entraver par un silence la recherche d'un criminel sans en être inquiété, parce que l'on est lié à lui par un lien d'ascendance ou de descendance, on peut estimer que la trahison du proche serait au fond plus grave, que celle qui consiste à ne pas livrer le délinquant. La trahison suppose que l'on soit d'abord attaché, engagé, et que l'on choisisse brusquement de ne plus respecter cet engagement. Le lien affectif est donc bien ici premier.

146. Dans ses rapport avec la responsabilité qui est ici évincée, il est néanmoins encore utile de déterminer si l'affect empêche que l'infraction soit constituée, auquel cas il serait donc un obstacle à la responsabilité elle-même, ou bien s'il ne fait que porter atteinte à

²⁶³ Pour une justification plus neutre cependant de ces immunités, voir par exemple Jacques AMAR, « PACS et immunités familiales », *in Dr Pén*, 2000, étude 32, p. 6.

²⁶⁴ « La question fondamentale du droit est celle des valeurs, celle d'une hiérarchie des valeurs à établir, voire à reconnaître », Hans-Albrecht SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Eléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXI, L.G.D.J, Paris, 1976, p. 21.

²⁶⁵ Quoique la distinction entre les immunités familiales de fond et celles de formes puisse être discutée. Cf. *infra*.

ses effets en droit pénal, auquel cas, sa compatibilité avec une logique de responsabilité ne serait pas remise en cause.

Paragraphe 2. Les immunités familiales entre obstacle de fond et obstacle de forme à la condamnation de l'infraction

147. La question a été posée de savoir si les immunités familiales étaient des immunités de fond ou de forme. Traditionnellement, on distinguait entre les immunités s'appliquant à des infractions commises pour protéger un proche qui seraient des immunités de fond, et celles visant les atteintes aux biens d'un membre de la famille, qui seraient des immunités de forme. Or, la jurisprudence ne semble pas permettre un partage si net entre les différentes situations²⁶⁶.

Cela doit susciter la réflexion, puisque de ce partage du fond et de la forme dépend l'existence en fait de l'infraction, et partant, la valeur de l'élément affectif. En effet, si l'immunité familiale est formelle, cela signifie que l'affect demeure même en ce cas compatible avec le principe d'une responsabilité à laquelle on ne fait pas obstacle, mais dont on limite seulement les effets. Une certaine conception de la décence familiale justifie en ce cas une rupture de l'égalité devant la justice pénale, pour une action qui demeure au fond mauvaise, mais que l'on juge préférable de ne pas condamner devant les juridictions compte tenu d'un lien existant entre les protagonistes. Si en revanche, l'immunité retenue est considérée comme touchant au fond de l'infraction, le lien qui existe entre les personnes²⁶⁷ s'oppose au principe même d'une responsabilité qui n'existe plus, parce que l'acte n'est plus en vérité considéré comme suffisamment dommageable. Ici, l'immunité se rapproche d'un

²⁶⁶ Crim, 14 novembre 2007, n°07-82.527, Dr. Pen. n°2, février 2008, comm. 16, Michel VERON. Dans cet arrêt l'immunité portant sur des faits d'escroquerie a été traitée comme une règle de fond, ce qui va donc à l'encontre d'une doctrine dominante la situant plutôt du côté des règles de formes compte tenu du fait qu'elle vise une atteinte aux biens.

²⁶⁷ Ce lien est bien évidemment juridique puisque les immunités visent toujours explicitement telle ou telle personne, membre de la famille ou concubin, mais le sens de son utilisation pour mettre en échec une responsabilité de droit ne peut se découvrir qu'en se reposant sur l'idée d'une certaine relation affective qui doit exister entre les personnes.

fait justificatif²⁶⁸, puisque les circonstances familiales font en fait disparaître le caractère délictueux des faits commis. Le comportement qui est ainsi sujet de l'immunité est jugé bon, ou du moins préférable à une mise en conformité à l'impératif posé par la loi.

148. *A priori* donc, le rôle que joue éventuellement le lien affectif unissant les membres de la famille concernés par le jeu des immunités **serait dépendant de cette nature *in rem* ou *in personam* de l'immunité.** La difficulté qui advient alors est relative au fait que, comme cela vient d'être dit, l'immunité portant sur les atteintes aux biens commises entre membres d'une même famille sont celles qui sont considérées, le plus souvent, comme des immunités de forme. Ce seraient donc celles-là même qui devraient représenter, dans l'hypothèse posée, la situation dans laquelle affect et responsabilité ne s'excluraient pas mutuellement.

Or, il été justement relevé dans le paragraphe précédent que l'affection sur laquelle pouvait reposer l'immunité appliquée aux cas de vols, d'abus de confiance ou d'escroquerie était une affection en fait dévoyée, car transformée en abstraction. Il est dès lors hasardeux de suivre cette répartition, qui fait de l'immunité la plus contestable quant à son fondement affectif celle qui montre le mieux qu'affect et responsabilité peuvent se correspondre. Ou bien, il faudrait, au moins pour ce cas précis, reconnaître qu'il existe bien une forme d'incompatibilité entre deux formes de biens. Le bien poursuivi par le lien affectif chasserait pour de bon celui qui est ailleurs poursuivi par le droit. Une telle déduction s'appliquerait non seulement à ce cas des immunités visant la soustraction d'un bien par un proche à l'encontre de l'un des siens, mais encore aux immunités de fond, puisque ces dernières, où l'affect joue un rôle qui cette fois n'est pas contestable, reviennent bien à admettre qu'il existe une irresponsabilité²⁶⁹.

149. La seule nuance qu'il serait possible d'apporter au constat d'une incompatibilité, en ce cas déterminé, de la règle de droit pénale et de la valeur que porte l'affection, porterait sur l'existence même d'un mal condamnable. En effet, pour la seule hypothèse de l'immunité familiale relative à la protection d'un proche, la nature blâmable du

²⁶⁸ Pierre MOUSSERON, « Les immunités familiales », Rev. Sc. Crim. 1998, p. 299. Cette hypothèse est également soutenue par l'interprétation faite par Yves MAYAUD, « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Juin 2009, p. 541 à 551.

²⁶⁹ Yves MAYAUD, op. cit. p. 544.

comportement du proche, qui n'est pas le premier responsable, et qui s'abstient seulement, en vertu de son lien spécifique avec le coupable, de lui nuire, est contestable. Et s'il n'y a plus de « mal »²⁷⁰ dans son comportement, il n'est dès lors plus possible de considérer que le droit puisse y accoler une responsabilité pénale. Ce ne serait alors plus l'affect qui exclurait la responsabilité, bien que ce soit bien là l'élément sans doute moteur du comportement examiné, mais cette exclusion ne serait que la conséquence de la disparition de la faute.

Le problème se déplace alors sur le point de savoir si, par son abstention, celui qui bénéficie de l'immunité, participe au mal subi par la victime²⁷¹. Si tel est le cas en effet, si celui qui protège son proche se rend par là le complice de la première infraction commise, alors il faudrait bien admettre que l'affect est ce qui porte atteinte à la responsabilité. Mais si au contraire, celui qui protège son proche n'est pas considéré comme jouant dans la réalisation de l'infraction, alors c'est l'absence de comportement blâmable qui rend la responsabilité impossible, et non pas la présence d'un affect qui lui serait préféré.

La première hypothèse d'une forme de complicité, excusable, de celui qui ne nuit pas à son proche criminel en favorisant la bonne marche de la justice semble être celle qui doit emporter la première la conviction. En effet, les infractions qui bénéficient de l'immunité sont bien ailleurs que dans la famille considérées comme des faits participant du crime commis et sont sanctionnées à ce titre²⁷². Sous cet angle, il ne semble pas possible de considérer que la participation au fait délictuel serait moindre parce qu'un lien familial existe entre l'auteur principal et celui qui l'aide, d'une manière même négative.

150. De là finalement le constat d'une véritable place de l'élément affectif dans la mise à distance de la responsabilité dans le cadre des immunités familiales. Il est alors une cause d'éviction des mécanismes de la responsabilité pénale qui aurait sans lui jouer son rôle. Quoiqu'il n'y ait pas ainsi d'incompatibilité automatique entre affect et responsabilité²⁷³, il y a bien pourtant des situations dans lesquelles ces deux « forces » s'affrontent.

²⁷⁰ Il ne s'agit pas seulement de savoir s'il commet une faute, mais bien de savoir s'il cause un mal, au sens où son abstention peut entraîner par exemple la condamnation d'un innocent.

²⁷¹ En ce cas, c'est à nouveau une forme de questionnement sur l'existence d'une solidarité familiale qui émerge. Cf. *infra*. p. 534.

²⁷² « L'immunité est une cause très particulière d'exclusion de l'action publique. Elle n'est pas un fait justificatif puisque l'infraction subsiste et que par conséquent, des poursuites civiles restent possibles. Elle est seulement une irrecevabilité ou paralysie de l'action publique pour une raison de cohésion familiale (...) », Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} édition, éditions Cujas, Mercurès, 2014, n°845.

²⁷³ Cf. *supra*. p. 75.

D'autres situations existent dans lesquelles une responsabilité auraient pu, dans un système juridique différent, exister, au plan pénal ou civil, et où l'affection semble l'avoir mise en échec.

151. Mais contrairement aux immunités qui supposent bien que soient circonscrites des situations qui font figure d'exception dans des cas où ce dont on est immunisé est bien un mécanisme de responsabilité, ces cas semblent alors totalement exclus du champ de la responsabilité et paraissent ne pas devoir la fonder, alors que des dommages sont bien subis.

Sous-section II. LES RESPONSABILITES INCONCEVABLES : L'EXEMPLE DE L'ABANDON.

152. Il est des situations familiales dans lesquelles tous les critères de la responsabilité sont réunis²⁷⁴ sans que pour autant l'on songe à la reconnaître. Concrètement, il s'agit de cas dans lesquels, sans même qu'il ait été besoin d'organiser un fait justificatif ou une immunité, la responsabilité ne paraît pas avoir été pensée. Elle semble impossible, même dans un mouvement du droit positif contemporain qui tend à élargir le champ des dommages réparables²⁷⁵.

Il faut se demander ce qui explique cette impensable responsabilité dans la famille, dès lors que, puisque des situations familiales existent bien dans lesquelles la responsabilité est engagée, il n'est plus possible de s'abriter derrière une justification préconstruite autour de l'idée de la paix des familles ou du secret de famille²⁷⁶.

²⁷⁴ C'est-à-dire qu'il existe un fait dommageable ou simplement illicite, ayant porté préjudice à une victime, et commis par un auteur qui pourrait en être responsable.

²⁷⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2-responsabilité civile et quasi-contrats*, 3ème édition, Thémis, PUF, Paris, 2013, p. 120 et 121.

²⁷⁶ Sur le secret, voir par exemple Cécile ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, Jean Hauser (Dir.), thèse soutenue à l'université Montesquieu Bordeaux IV, le 9 décembre 1999, 486 p.

153. Que l'on songe par exemple à la rupture du lien parental, qui, s'il peut dans certaines circonstances particulières engendrer une responsabilité civile ou pénale²⁷⁷, lorsqu'il prend le nom d'abandon, ne fonde pas en lui-même de responsabilité, s'il est fait dans les cadres prévus par la loi, alors qu'il serait envisageable d'y voir un responsable, le parent, une victime subissant un dommage, l'enfant qui ne connaît plus son parent, et un lien de causalité direct entre eux, le fait de l'abandon dont le droit prend acte.

D'où vient donc le fait que les parents ne soient pas ici reconnus comme responsables ? Si chacune des conditions de cette responsabilité qui n'est que fictive, peut être examinée et contestée, c'est en considération d'un affect qui paraît perturbé, et qui paraît surtout, pour une large part, devoir être regardé comme une forme de fatalité, dont souffrent également chacun des protagonistes de cette situation familiale complexe. Car, au fond, le parent est-il vraiment responsable quand il rencontre lui-même des difficultés qui sont un vécu insurmontable ?

Cette question est capitale à l'heure où notamment la responsabilité civile ne repose plus sur la faute, et où les responsables « malgré eux » se font de plus en plus nombreux, et où la responsabilité pénale semble ne devoir intervenir dans la famille que lorsque les violences sont comparables à celles que deux inconnus pourraient s'infliger. Par ailleurs, le dommage de l'enfant est peut-être lui aussi discutable dans la mesure où, dans la pratique, l'abandon n'est souvent acté en droit qu'en considération d'une adoption consécutive, qui est censée offrir à l'enfant de meilleures conditions de vie.

154. Comme le parent qui conteste abusivement sa filiation²⁷⁸, celui qui choisit d'abandonner son enfant en est pourtant le géniteur²⁷⁹. Il rompt des liens préexistants, et il arrive que l'enfant soit parfaitement en mesure et en âge de comprendre ce que signifie ce geste à son égard. Pourtant, il sera hors de question pour lui d'engager la responsabilité de son auteur.

²⁷⁷ L'article 227-17 du Code pénal dispose ainsi que : « Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. ».

²⁷⁸ Cf. *supra*. p. 242.

²⁷⁹ C'est la jurisprudence qui conduit à de telles conclusions, notamment pour les décisions suivantes : Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973, n° 72-80.006 ; Civ. 1^{ère}, 28 mai 1980, n°79-10.874 ; Montpellier, 28 mars 2006, n°05/4483 ; Montpellier, 17 mai 2006, n°05/4252 ; Douai, 13 novembre 2008 ; Bourges, 16 avril 2009 ; Reims, 19 avril 2009 ; Versailles, 8 octobre 2009, n°09/01159 ; Versailles, 28 janvier 2010 ; Civ 1^{ère}, 23 juin 2010 ; Civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011 ; Bordeaux, 10 avril 2012. Les notes ou les commentaires auxquels ont donné lieu certaines décisions, ainsi que certaines précisions quant aux faits de l'espèce, seront cités plus précisément au moment où chacune de ces décisions sera utilisée pour les développements.

Il faut s'interroger sur le sens d'une telle distinction de principe entre deux situations pourtant comparables dans les faits. La protection de l'enfant impose peut-être de laisser ouverte cette voie, qui lui permet de trouver une nouvelle famille, et de vivre auprès d'elle une enfance plus douce qu'auprès de parents dont les difficultés sont telles qu'ils ne peuvent l'assumer, matériellement et affectivement²⁸⁰. Dans ces conditions, il est clair que l'engagement d'une quelconque responsabilité serait un dévoiement de la possibilité de l'abandon d'enfant, puisque, d'une certaine manière, elle permet justement à un parent de ne plus avoir à répondre d'un enfant, ni devant lui, et puisque surtout, elle ne saurait être la cause d'un quelconque préjudice. L'intérêt de l'enfant impose dans cette vue que l'on considère que l'abandon est une décision prise pour le garantir (Paragraphe 1).

Si la responsabilité du parent qui abandonne son enfant ne peut être engagée, c'est donc *non seulement* parce qu'on affirme qu'il ne commet *pas de faute* en se montrant défaillant, *mais encore* parce qu'il n'existe *pas de préjudice* pour l'enfant qui se voit ainsi, peut-être, offrir une vie meilleure (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. *Mise en perspective du rejet de principe d'une faute parentale dans l'abandon*

155. La présence indéniable d'une composante affective dans l'abandon, du côté d'ailleurs de l'enfant abandonné, comme en négatif de celui du parent qui abandonne, **justifierait dans un premier temps qu'il ne puisse être regardée comme fautif**. La responsabilité serait alors véritablement repoussée parce que l'affection donnerait à l'acte accompli une dimension dépassant trop largement les cadres du droit. C'est à la psychologie, ou à la sociologie à la rigueur²⁸¹, que l'on confierait plutôt la mission d'étudier scientifiquement cette situation délicate. Or, il est impossible en fait d'ignorer qu'en prononçant des déclarations judiciaires d'abandon²⁸², les juges ont en vérité déjà à affronter les

²⁸⁰ L'on a pu d'ailleurs parfois soutenir que l'abandon d'un enfant par des parents la plupart du temps socialement défavorisés permettait son adoption par un couple issu d'une catégorie sociale privilégiée. Cette lecture quasiment marxiste de l'abandon et de l'adoption pourrait bien trouver encore un sens aujourd'hui dans les règles de l'adoption internationale !

²⁸¹ En sociologie, voir par exemple une thèse de Bernard ASSICOT, *L'abandon d'enfant, étude de sociologie*, Robert Castel (dir.), soutenue à Paris 8 en 1993, 337 p.

²⁸² Article 350 du Code civil.

difficultés soulevées par l'affect. L'affect est déjà présent, et l'ignorer en théorie ne peut supprimer les difficultés qu'il pose.

C'est ainsi qu'il est nécessaire de passer de l'explicite absence de faute dans l'abandon (I), à la présence implicite d'une faute dans la déclaration judiciaire d'abandon (II).

I. PRINCIPE DE L'ABSENCE DE FAUTE DANS L'ABANDON SANS EXPOSITION OU MISE EN DANGER DE L'ENFANT

156. Du côté des parents, le caractère non fautif de leur défaillance ne fait plus débat. En matière civile, et contrairement à la déchéance de l'autorité parentale²⁸³, l'abandon, même judiciairement déclaré ne peut s'apparenter à une sanction. Il en va de même en matière pénale, dès lors qu'il ne s'agit pas de condamner l'abandon, mais les circonstances particulières de l'abandon « sauvage ». Une telle condamnation relève d'ailleurs finalement de la mise en danger de la vie d'autrui, comme si le droit avait déjà par avance rendu cette rupture du parent effective, en institutionnalisant l'inexistence d'un lien spécifique avec l'enfant. Ce que l'on sanctionne, ce n'est pas le fait pour un parent de délaisser son enfant, mais le fait de ne pas avoir respecté les règles qui s'appliquent à n'importe quelle relation sociale, qui sont celles du respect de la vie d'autrui.

²⁸³ L'article 378 du Code civil pose très nettement ce caractère sanctionnateur du retrait total de l'autorité parentale, en disposant que : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent. ». De la même manière, l'article 378-1 du même code dispose que « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une conduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. ». Il est d'ores et déjà intéressant de noter que dans cet article 378-1, le retrait total de l'autorité parental est envisagé comme une sanction civile, mais que les postures parentales qu'elle vise à condamner peuvent être les mêmes que celles qui seront concrètement examinées par les juges en cas de déclaration judiciaire d'abandon. Tout se passe alors comme si l'abandon avait le pouvoir de rendre *a posteriori* la relation ineffective au point que même la responsabilité qui s'imisce de nos jours partout ne pourra plus y accéder. En vérité, les parents qui abandonnent leur enfant sont regardés dans leur impuissance à nouer des liens, laquelle semble relever plus de la tragédie que d'un comportement volontaire. La responsabilité ne pourrait plus, dans un tel contexte, servir à rien.

La jurisprudence rappelle ainsi de temps à autre le principe selon lequel la déclaration d'abandon n'est pas une sanction à l'égard du parent que l'on ne souhaite pas culpabiliser, ou culpabiliser davantage, étant donné l'état de souffrance dans lequel il est lui-même plongé²⁸⁴.

157. Cette situation du parent abandonnant son enfant est tout à fait édifiante : elle illustre la complexité des relations entre ce qui relève du voulu et du non-voulu. Si l'on ne veut pas engager la responsabilité du parent qui fait ce choix, c'est encore une fois parce qu'il apparaît davantage comme la victime d'une tragédie dont il est l'acteur mais qui se joue aussi contre lui. Et ce choix d'ailleurs, en est-il véritablement un ? Il est bien entendu que l'on ne peut s'engouffrer et se perdre dans les méandres d'une définition absolutiste de la liberté de chacun, mais il est pourtant intéressant de chercher à savoir pourquoi ce parent ne peut pas répondre de son geste, et corrélativement, pourquoi est-ce que celui qui conteste sa parenté peut être plus sévèrement jugé à cet égard. Il est même possible à la marge de se demander ce qui explique que le retrait total de l'autorité parentale puisse être considéré comme une sanction des défaillances de ceux qui restent pourtant les parents, tandis que la rupture définitive du lien de filiation prend toujours soin de dire qu'elle n'est pas le résultat d'une accusation d'être de mauvais parents, mais bien une initiative en faveur de l'enfant.

158. Les réponses à ces interrogations pourraient, semble-t-il, converger vers l'impossibilité de la faute du parent qui abandonne son enfant, laquelle impossibilité devrait logiquement reposer dans une forme d'irrésistibilité de la défaillance parentale²⁸⁵. En effet, en considérant non pas que le comportement de ces père et mère n'est entaché d'aucune anormalité, mais bien que l'anormalité est excusable dans la mesure où elle s'imposait à eux autant qu'à l'enfant, il deviendrait relativement aisé de comprendre la différence profonde entre cette situation et celle de celui qui conteste sa parenté, ainsi que celle du parent privé de son autorité parentale. Tandis que le parent qui remet en cause la filiation de son enfant choisit de donner libre cours à ses soupçons, après avoir démontré par son attitude, parfois pendant plusieurs années, qu'il était parfaitement en mesure d'agir

²⁸⁴ Pour un arrêt récent réaffirmant ce principe, voir Versailles, 28 janvier 2010. Notons cependant que nombre d'arrêt ayant à appliquer l'article 350 C.civ, ne prennent pas cette peine de dire explicitement qu'il est une mesure de protection de l'enfant et qu'il n'édicte pas une sanction à l'égard des parents.

²⁸⁵ Il faut aussi songer que les parents défaillants ont souvent été eux-aussi victimes d'histoires familiales complexes. La conscience que l'on a de ces difficultés fonde très certainement une compassion vis-à-vis de ces parents, et l'idée qu'il faut les aider, à reprendre leur place auprès de leurs enfants si cela est possible, à se reconstruire seuls sinon. C'est en ce sens que les services sociaux œuvrent, notamment en faisant suivre les parents par des assistantes sociales.

comme un « bon père de famille », celui qui abandonne en est incapable ; tandis que le parent que l'on condamne à la déchéance de son autorité parentale est condamné pour avoir en quelque sorte été un mauvais parent, celui qui abandonne n'a pas été un parent du tout. *Tout se passe comme si l'abandon n'était en vérité qu'une manière pour le droit de prendre acte d'une situation qui a toujours été ainsi, et non pas une façon de rompre un lien préexistant.*

Si ce n'était l'exigence, pour la déclaration judiciaire d'abandon, du caractère volontaire du désintérêt du parent pour son enfant, ce critère de l'impossibilité d'imputer une faute à ceux qui abandonnent leurs enfants aurait pu emporter une conviction absolue, d'autant qu'elle débouche sur une analyse qui peut paraître assez incontestable de l'abandon comme traduction juridique d'un délaissement parental déjà effectif²⁸⁶.

159. Une étude de la jurisprudence révèle parfois que la faute du parent dont le désintérêt pour son enfant est manifeste n'est peut-être pas si facilement annihilée. Depuis une décision du 23 octobre 1973, la Cour de cassation estime en effet qu'en plus d'être manifeste, le délaissement de l'enfant doit être volontaire pour qu'il puisse déboucher sur une déclaration judiciaire d'abandon²⁸⁷. Or, ce caractère volontaire commande que la situation des parents soit observée, et sans doute même plus que celle des enfants. Ce faisant, la déclaration de l'abandon ne peut intervenir que si les parents sont considérés comme conscients du délaissement de leur enfant, et d'une certaine façon alors capables d'en

²⁸⁶ La preuve de la véracité de ce constat se trouve au demeurant dans le code civil lui-même lorsqu'il dispose, dans son article 350, que la déclaration d'abandon intervient après un désintérêt manifeste des parents pour l'enfant. Cette analyse classique est d'ailleurs celle qui est retenue de longue date par plusieurs auteurs, tels que : Yves. PATUREAU, « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.* 1978, chron. p.167 ; Marcel VISMARD, « La notion « d'enfant abandonné », au sens de l'article 368 du Code civil », *JCP G.* 1956, I, doct. 1315 ; Jean STOUFFLET, « L'abandon d'enfants », *RTD civ.* 1959, p.627 ; Pierre RAYNAUD, « La réforme de l'adoption (la loi n°66-500 du 11 juillet 1966, décrets n°66-903 du 2 décembre 1966, 67-44 et 67-45 du 12 janvier 1967) », *D.* 1967, chron. P.77 ; Georges HOLLEAUX, note sous Civ 1^{ère}, 6 juillet 1960, *D.* 1960, p.510.

²⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973, n° 72-80.006, Bull civ I, n°277 ; *D.* 1974, p.135, note C. GAURY : « Le manque d'intérêt prévu par l'article 350 du Code civil, qui permet de prononcer judiciairement l'abandon d'un enfant dont les parents se sont manifestement désintéressés, doit être volontaire » ; confirmé notamment par Civ. 1^{ère}, 28 mai 1980, n°79-10.874, Bull civ I, n°158 ; et tout récemment encore Civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, *D.* Fam 2012, n°29, obs. RAYMOND ; *RTD civ.* 2012, p.109, obs. Jean HAUSER. Signalons à ce propos qu'une loi du 5 juillet 1996 avait introduit dans l'article 350 du Code civil la notion de grande détresse des parents, qui donnait à penser que l'abandon n'était pas volontaire et conscient mais lié à cette détresse. Quoique cette notion ait été assez rapidement supprimée par la loi de réforme de l'adoption du 4 juillet 2005, il faut noter que cette suppression n'a pas vraiment changé la donne puisque les juges continuent à évaluer le caractère volontaire du délaissement parental en fonction des difficultés particulières dans lesquelles sont prises les père et mère. C'est ce qui ressort notamment assez nettement des décisions de Cour d'appel. Voir Marie-Christine LE BOURSICOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *in R.L.D.C.*, n°69, mars 2010, p.35 à 40, pour une analyse groupée de quinze arrêts d'appel rendus entre le 19 janvier 2006 et le 28 janvier 2010.

répondre. En doctrine d'ailleurs, certains auteurs avaient signalé que le défaut d'intérêt volontaire d'un parent pour son enfant renverrait naturellement à la faute²⁸⁸.

160. Pour autant le pas qui sépare la volonté de délaisser son enfant de la faute ne peut pas être aussi facilement franchi. Outre les pétitions de principe selon lesquelles l'article 350 du Code civil ne vise pas une sanction, mais la garantie de l'intérêt de l'enfant, il faut admettre que dans la mesure où le délaissement est une manifestation de l'absence de liens affectifs entre parents et enfants, la faute en droit de celui qui permet l'abandon ne pourrait être que celle de celui qui avait le devoir juridique d'aimer sa progéniture²⁸⁹. Apparemment plus pragmatique, la loi préfère aménager l'abandon de l'enfant qui n'est pas affectivement et effectivement soutenu par ses père et mère. Le fait que le désintérêt doive être volontaire serait ainsi déconnecté de la notion de faute, et serait simplement lié à la nécessité de protéger les parents contre les immixtions abusives de l'état en la personne des présidents de conseils généraux dans leur filiation.

161. Il est pourtant possible de voir dans ces conditions la résurgence d'une faute, et partant, si ce n'est d'une responsabilité, au moins d'une forme de logique responsable, dans laquelle l'affect jouerait un rôle déterminant, même s'il demeure implicite.

²⁸⁸ Voir Anne Marie FOURNIE, « De l'abandon à l'adoption plénière, Le contentieux de l'abandon », *JCP G*, 1974, I, 2640 : « (...) il n'est pas demandé au tribunal de dire que les parents ont abandonné l'enfant, mais, que l'enfant se trouve dans une situation spécifique d'« enfant abandonné » au sens de l'article 350. (...) L'évidence du désintérêt qui justifie la requête est perçue de l'extérieur, objectivement par rapport à la situation où se trouve l'enfant, sans que l'on sache jamais exactement ce qu'elle recouvre d'inconscience, d'indifférence ou d'égoïsme, d'incapacité, de faiblesse et de honte, de la part des parents. (...) N'y aurait-il pas quelque antinomie entre un « manque (ou un défaut) d'intérêt » et un comportement de désintérêt qui serait « volontaire et conscient » ? Quand il est volontaire et délibéré, le désintérêt se manifeste dans un acte qui est le consentement. Une carence, un défaut d'intérêt qui serait volontaire ne serait-il pas une faute constitutive d'un délit ou ce « défaut de soins et de direction nécessaire » qui justifie la déchéance des droits de l'autorité parentale ? » (§46 et 47). Si ces remarques sont un peu datées, puisqu'il est acquis aujourd'hui que l'on recherche la volonté des parents pour appliquer l'article 350, elles ont le grand mérite de bien montrer que cette recherche confine à celle de la faute...

²⁸⁹ C'est en cela qu'il peut sembler aussi particulièrement intéressant de démêler les liens qui unissent mystérieusement l'infanticide à l'abandon. Certains psychologues ont bien montré la parenté, et qui sont bien en droit des situations qui paraissent faire obstacle à une application des régimes de la responsabilité comparable à celle qui se ferait en dehors de la famille d'abord, mais aussi ensuite à celle qui se ferait dans la famille pour tout autre crime. Il faut en outre indiquer que des études d'histoire du droit montrent que l'abandon a toujours été regardé comme une voie permettant de lutter justement contre l'infanticide. Cf. Elodie HARTMANN, *La maternité criminelle du XIIème au XXIème siècle : le droit pénal face à l'expression du désir et du refus d'enfant*, thèse dactylographiée, Strasbourg, 2011, 1867 p. . Cf. *infra*. p. 430.

II. REAPPARITION DE LA FAUTE DANS LA DECLARATION JUDICIAIRE

D'ABANDON

162. L'idée d'une faute, même lointaine, qui transpirerait de la morale vers le droit ne semble pas devoir être écartée pour autant, dès lors que des situations concrètes pratiquement semblables donnent lieu à des solutions jurisprudentielles variées, et que cette variété ne peut s'expliquer que par des considérations liées à l'état d'esprit des parents, qui est parfois expressément qualifié de condamnable. *Cette fois-ci l'élément affectif ne peut plus être conçu comme un fait dont on ne doit pas apprécier la valeur mais seulement tirer les conséquences ; il est clairement déterminant* en matière de déclaration judiciaire d'abandon, quoique les relations qu'il doit entretenir avec ses manifestations ne fassent pas l'objet d'une appréciation homogène.

En fin de compte, s'il serait certainement trop hâtif de dire que l'attention prêtée au caractère volontaire du délaissement parental débouche nécessairement sur l'idée d'une culpabilité parentale qui serait judiciairement admise, il faut peut-être reconnaître que ce caractère conduit en revanche à se tenir sur le seuil de la faute, et qu'alors se dessine en négatif la valeur normative de l'affection que devraient nourrir des parents à l'égard de leurs enfants.

163. En outre, l'exigence jurisprudentielle d'un désintérêt manifeste qui ne soit pas involontaire entraîne que l'attention soit portée d'abord à la situation des parents et non à celle de l'enfant. Il ne s'agit pas de rejeter tout bien-fondé de cette mesure qui permet bien de garantir des liens familiaux qui ne sont peut-être pas encore totalement rompus au moment où les deux parents n'ont plus eu de contact avec leur enfant depuis un an, mais où cette absence de relation a eu lieu malgré eux. Mais, dans le même temps, il est impossible de ne pas constater que le critère prioritaire de la déclaration judiciaire d'abandon, bien avant celui de l'intérêt de l'enfant qui de toute façon semble découler *automatiquement* de lui, est la volonté parentale. Paradoxalement alors, l'abandon se justifie par l'attention que l'on doit prêter au bien être de l'enfant, mais il se détermine en fait exclusivement sur une appréciation variable des intentions parentales à son égard, qui vont le conditionner.

Une double subjectivité intervient qui est d'abord celle du parent qui doit avoir manifestement marqué son intention de se désintéresser du sort de la personne qu'il a

engendrée, et ensuite celle du juge du fond qui retient par exemple parfois que la toxicomanie des parents fait obstacle à ce que l'abandon soit déclaré car il serait involontaire²⁹⁰, mais qui considère d'autres fois, au contraire, qu'un tel état de dépendance ne peut être irrésistible pour la volonté parentale²⁹¹.

164. On voit ainsi comment l'intérêt de l'enfant peut être tout à fait secondaire et dépendant de l'appréciation latente d'une attitude parentale blâmable. Il ne semble pas erroné de dire, au vu des décisions prises en la matière, que les difficultés des père et mère peuvent être considérées soit comme des excuses à leurs défaillances, lesquelles n'entraîneront pas alors de dissolution du lien filial, soit comme des manifestations volontaires de désintérêt, voire comme des défaillances choisies, lesquelles doivent alors conduire « logiquement » à la déclaration d'abandon. L'intérêt de l'enfant, plongé dans la même situation concrète d'absence prolongée des relations avec ses parents, est apprécié à la lueur de cette distinction qui ressemble à s'y méprendre à une distinction entre les bons

²⁹⁰ Par exemple, Montpellier, 1^{ère} Ch. sect. C, 28 mars 2006, n°05/4483, qui décide que si la toxicomanie des parents, ainsi que les problèmes qu'elle a entraînés (notamment, le père était incarcéré), les a rendu gravement défaillants en ce qui concerne leurs devoirs à l'égard de leur fille, l'on doit considérer que « pour autant, [...] la consommation, qui est condamnable puisqu'elle est volontaire, de produits stupéfiants a pu les conduire à un état de dépendance physique et psychologique qui a perturbé leur comportement et leurs réactions à l'égard de leur enfant ». C'est ainsi que « dans cette mesure, par delà les apparences (...), le caractère volontaire (...) de l'abandon de Maëva par ses parents durant l'année précédant le dépôt de la requête, est insuffisamment établi ». Notons d'abord que les juges manifestent une intentions d'aller au-delà des apparences, ce qui peut laisser rêveur, mais qui semble relativement habituel lorsque l'élément affectif est l'enjeu. On peut ensuite noter la façon dont les juges ont ici opéré une distinction entre la consommation de drogues, qui est « condamnable » car « volontaire », et la dépendance qui en découle, qui est, elle, involontaire et donc non condamnable. Pour les juges de la cour d'appel de Montpellier, c'est la dépendance toxicomaniaque qui est la cause directe des manquements parentaux, et la consommation « libre » et volontaire de produits stupéfiants n'est que la cause indirecte...objectons que la consommation de drogues dures entraîne nécessairement l'addiction, et qu'il est donc artificiel de dissocier ainsi la causalité. Ce raisonnement s'explique probablement compte tenu de la jurisprudence plus habituelle face à de telles situations qui proclame le caractère volontaire de l'abandon dû à la toxicomanie ou à l'alcoolisme des parents (cf. note suivante). Il trouve à s'expliquer aussi dans l'idée d'un possible rachat des parents qui pourraient bien être encouragés dans leur guérison par la perspective de retrouver leur place au près de leur fille. Cela fait d'ailleurs partie des arguments développés par la mère qui indique ainsi « que le fait de voir maintenu son lien juridique de mère avec Maëva constitue un des moyens de lui permettre de se sortir de ses problèmes personnels, même si elle reconnaît ne pas encore être en mesure d'en assumer tous les aspects affectifs et matériels ».

²⁹¹ Les exemples sont ici relativement nombreux : Douai, 13 novembre 2008, où les juges estiment ainsi que l'alcoolisme ou l'incarcération ne sont pas de nature à priver l'abandon de son caractère volontaire, ou encore : Reims, 17 avril 2009, où la situation était particulièrement délicate dès l'instant que ce sont les difficultés économiques et sociales des parents qui ont été directement visées, et que les juges ont estimé que ces difficultés résultaient de leur choix de vie, lequel ne peut priver l'abandon de son caractère volontaire.

Plus récemment, on peut encore penser à une décision prise par la Cour d'appel de Versailles, le 28 janvier 2010, dans lequel la toxicomanie de la mère, qui avait rendu l'abandon involontaire à Montpellier (Cf. note précédente), ne peut cette fois rendre le désintérêt manifesté à l'égard de l'enfant involontaire. Citons encore la décision rendue par les juges de la Cour d'appel de Bourges, le 16 avril 2009, confirmée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 23 juin 2010, et dans laquelle les juges ont estimé que les troubles psychologiques de la mère hospitalisée à plusieurs reprises ne peuvent justifier l'absence d'établissement de liens affectifs entre elle et sa fille. Pour une étude de l'arrêt de la première chambre civile, voir Caroline SIFFREIN-BLANC, « Vers un aménagement de la procédure d'abandon de l'article 350 du Code civil », *in* L.P.A., 22 octobre 2010, n°211, p.8.

parents pris dans le drame qui les dépasse, et les mauvais parents qui auraient recherchés leurs tourments.

Toutes les fois que les parents sont regardés comme ayant été contraints de ne pas entretenir de relations affectives avec leur enfant, l'intérêt de l'enfant est dans l'attente de la reprise d'un lien qui doit être protégé, même s'il demeure seulement potentiel. Toutes les fois que les parents apparaissent libres, et responsables finalement, de l'absence de contact entre eux et leur fils ou fille, l'intérêt de celui-ci ou de celle-ci est dans la rupture de sa filiation, au profit de la construction d'un nouveau lien, auprès d'autres adultes. Cela est notamment très flagrant lorsqu'il existe un projet d'adoption de l'enfant dans la famille qui l'a recueilli. La question de savoir dans quelle mesure l'existence d'un tel projet conditionne l'ensemble des conditions fixées par l'article 350 du Code civil se pose alors inéluctablement.

165. La perspective d'une adoption de l'enfant est un élément qui est très légitimement pris en compte dans une telle situation, mais il est parfois difficile de déceler la part qu'un tel espoir tient face à l'évaluation de l'ampleur des difficultés rencontrées par les parents par le sang. L'adoption plénière, qui marque seule la rupture définitive de l'enfant d'avec sa famille originelle, se doit évidemment de porter secours à un enfant laissé à sa solitude et de ne pas favoriser la séparation d'une famille dont les cassures pourraient se réparer. Mais la prudence qui s'impose face à ces situations où le juge doit être un peu devin, se heurte à l'idée que le prolongement douloureux de relations filiales forcées peut aussi être destructeur.

166. La manière dont les conditions de l'article 350 du Code civil sont appréciées concrètement est donc tout à fait significative.

Pour ce qui est du caractère volontaire ou involontaire du délaissement parental, il peut découler aussi bien d'une tendance interne de la personne que d'un évènement extérieur. Et même, c'est le mouvement qui anime le cœur du parent qui paraît passer avant certaines marques extérieures d'intérêt ou de désintérêt à l'égard de l'enfant. C'est ce qui pourrait bien expliquer les divergences constatées d'une décision à l'autre, alors même que les faits sont *a priori* très similaires.

167. Quant au caractère « manifeste » du désintérêt parental qui doit être relevé avant de déclarer un enfant juridiquement abandonné, l'on objectera avec raison

que les comportements extérieurs sont bel et bien ceux qui sont regardés. Il est ainsi tout à fait vrai de dire que le temps où une simple carte postale envoyée à Noël suffisait à faire obstacle à la mise en œuvre de l'article 350 du Code civil est révolu²⁹². La lettre même du troisième alinéa de cet article semble être incompatible avec l'idée qui vient d'être suivie, et qui conduit à considérer que l'état d'esprit dans lequel se trouvent les parents peut surpasser leurs actes.

Seulement, le besoin de garantir ou de sauver le lien qui peut l'être doit présider à l'interprétation de ce texte, qui, finalement, ne fait que rejeter l'éventuelle nécessité qui s'attacherait à la manifestation d'une velléité quelconque envers l'enfant de refuser de déclarer l'abandon. Il s'agit donc bien de laisser au juge la liberté d'apprécier la qualité de la marque d'intérêt sommaire ou tardive que les parents auront adressé à leur enfant. Si donc par exemple, la rétractation du consentement à l'adoption ne peut entraîner « de plein droit » le rejet de la déclaration judiciaire d'abandon, c'est que d'une part elle le pourra parfois, et que d'autre part, selon une lecture à contrario corroborée par la jurisprudence, la volonté exprimée d'abandonner l'enfant ne peut non plus permettre de qualifier à coup sûr le caractère manifeste du désintérêt²⁹³.

168. Ainsi une faute est-elle susceptible d'être reconnue dans l'attitude des parents à l'encontre desquels une déclaration judiciaire d'abandon est prononcée. La façon dont l'affect intervient ici demeure néanmoins floue, principalement parce qu'étant implicite, autant qu'inévitable dans une telle problématique, il est insuffisamment défini par les outils du droit. La détermination plus précise de la façon dont il motive ici la décision rendue est donc nécessaire.

²⁹² L'article 350 dispose bien en effet que : « sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien ([ou à la création faudrait-il dire, si l'on admettait que celle-ci peut ne pas être automatique !]) des liens affectifs. La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. Ces démarches n'interrompent pas le délai figurant au premier alinéa ».

²⁹³ Cf. Montpellier, 28 mars 2006, préc., dans lequel la mère avait exprimé son consentement à voir son enfant rendu adoptable, et dans lequel pourtant les juges ont estimé devoir aller « au-delà des apparences », fixées notamment par ce consentement, pour rejeter la déclaration judiciaire d'abandon.

Paragraphe 2. La disparition de l'élément affectif cause matérielle de la déclaration judiciaire d'abandon

169. Par les critères qui doivent être constatés au moment où la déclaration judiciaire d'abandon est prononcée, **on peut se demander si ce ne sont pas les manifestations de la disparition de l'affect qui sont en fait recherchées**. C'est en tout cas ce que tendrait à démontrer la jurisprudence, lorsqu'elle invoque, de façon explicite cette-fois l'élément affectif comme fondement de sa décision. Alors qu'ailleurs une telle référence pourrait être hasardeuse, elle paraît devoir trouver ici une place plus « naturelle » dans la motivation des décisions ayant à se pencher sur l'abandon d'enfant.

Néanmoins, en examinant le contenu de cette référence explicite à l'affect, il n'est pas certain qu'elle retienne une définition de l'affection qui soit respectueuse d'une certaine actualité des rapports familiaux observés d'abord, ni qu'ensuite elle soit apte à fonder une cohérence du régime de la déclaration judiciaire d'abandon.

170. Une telle déclaration n'est pas une responsabilité, mais elle est bien un mécanisme qui sanctionne et tire les conséquences d'une lacune affective des parents envers leur enfant. **L'élément affectif est alors dans une position ambivalente** puisqu'il est à la fois explicitement appelé, sans que l'on sache exactement pour quel contenu, pour fonder la déclaration judiciaire d'abandon, alors qu'il est en même temps ce qui explique que soit mise à distance une responsabilité (I).

En outre, la diversité des formes de la déclaration judiciaire d'abandon semble montrer que l'affect ne peut y tenir une place constante, parce qu'il n'est implicitement pas le même en fonction des circonstances. Ainsi des éléments de faits, tels que la durée et l'effectivité du lien des parents à leur enfant jusqu'à l'abandon, ou encore l'existence d'un projet d'adoption, modifient la perception retenue de l'affect (II).

I. REFERENCE EXPLICITE A L'AFFECTION DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA DECLARATION JUDICIAIRE D'ABANDON

171. La définition donnée par la loi du 22 décembre 1976 du désintéret manifeste comme étant celui qui n'a pas permis le maintien de liens affectifs, est à notre sens révélateur de la façon dont ces liens d'affection sont envisagés. Ils sont en effet frappés, tel que présentés ici, d'une ambiguïté fondamentale : ils sont apparemment constitués par des relations directes entre parents et enfants, et par une actualisation de ces relations dans une régularité, dans une stabilité, dans une forme de permanence.

Ce premier point a été posé d'une façon édifiante par la cour d'appel de Versailles, lorsqu'elle a énoncé que la profondeur des sentiments des parents devait découler de leurs actes²⁹⁴, insistant sur l'idée que des engagements sans lendemain ne pouvaient pas être considérés comme des marques réelles d'intéret pour l'enfant. Jusque là rien ne surprend puisque c'est ce que dit la suite de l'article 350 du code civil. Mais les difficultés surviennent lorsqu'il faut conjuguer à cette apparente « matérialité » des liens affectifs, une abstraktivité sous-jacente. En effet, puisque en vérité l'alinéa trois de l'article 350 semble ne proposer qu'un échantillon de ce qui peut faire pencher la balance du juge, lequel ne vaut d'ailleurs que pour lui donner une plus large marge d'appréciation, l'affection est davantage une modulation de la règle de droit. Sans pourtant gagner la valeur d'une exception, puisque l'application de cette modulation semble s'exercer chaotiquement.

172. Le délaissement parental ne se résout donc pas systématiquement en un abandon d'enfant, quoiqu'il soit parfois difficile de ne pas le dire manifeste, et quoiqu'il soit en tout cas toujours malaisé de déterminer pour quelle part il est volontaire. On se doit notamment de remarquer que dans toutes les affaires où l'abandon est judiciairement déclaré, les enfants sont très jeunes, ont été placés dans des familles d'accueil souvent alors qu'ils étaient encore nourrissons et que l'article 350 du code civil vise en vérité plus l'absence de liens affectifs constitués, que véritablement comme il le prétend l'absence d'entretien de ce

²⁹⁴ Versailles, 8 octobre 2009, n°09/01159 : « considérant que la réalité de l'intéret porté à l'enfant par les parents doit être évident et la profondeur de leurs sentiments découler de leur comportement ; que les manifestations superficielles ou par trop épisodiques, les simples velléités, les engagements sans lendemain ne sont pas des marques suffisantes d'intéret (...) ».

lien affectif²⁹⁵. Dès lors que la déclaration judiciaire d'abandon ne s'applique qu'aux enfants qui ne vivent déjà plus avec leur famille, voire qui n'ont jamais vécu avec elle²⁹⁶, et qu'ils sont dans une large majorité des cas placés dans une autre famille, il est constant qu'ils n'ont jamais eu de relations affectives stables avec leurs parents.

De deux choses l'une donc : soit on considère que ces enfants n'ont pas vu leurs père et mère dans le rôle qui est le leur, et alors la déclaration judiciaire d'abandon légalise une situation de fait d'inexistence de liens filiaux, soit on considère que, du point de vue des parents, l'affection est automatique, et alors le fait qu'ils n'aient effectué aucune démarches pour manifester leur intérêt à l'enfant est bien une rupture de ce lien affectif « naturel », ou, pour reprendre les mots de l'article 350, une absence d' « entretien » de cette affection qui existait à l'origine.

173. Ces aspects factuels sont d'importance, parce qu'ils conditionnent finalement la définition de l'affect retenue, et par là même la place qu'il joue dans cette responsabilité « impensée ».

II. DIVERSITE DES FORMES DE L'ABANDON JUDICIAIREMENT

DECLARE

174. Il apparaît que la déclaration judiciaire d'abandon qui est une actualisation en droit de l'inexistence de l'élément affectif entre parents et enfant, n'est pas au fond la même que celle qui marquerait une rupture dans cette affection. Il semble que l'on puisse déterminer qu'elle se rapproche davantage d'une responsabilité dans la seconde acception fixée.

²⁹⁵ Il faut bien préciser que les ruptures des liens affectifs qui interviennent alors que l'enfant n'est pas placé au sein d'une famille ou d'une institution convoquent une autre sphère qui est celle de l'abandon pénalement sanctionné, que ce soit l'abandon d'enfant en dehors des formes légales retenues, l'abandon de famille, assez franchement tourné vers un délaissement économique, ou l'abandon par l'un des parents de son rôle, aux termes de l'article 227-17 du Code pénal. L'enfant dans ce cas n'a pas été remis à quelqu'un d'autre mais a été livré à lui-même. C'est ce qui change tout, car il n'est plus alors seulement privé des soins parentaux, mais il est encore privé de toute aide.

²⁹⁶ C'est le cas dans presque toutes les espèces étudiées ici. L'âge le plus avancé de placement était de seulement un an (Reims, 17 avril 2009, espèce préc.)

Plutôt que de dire simplement que cette procédure est marquée par l'une de ces deux acceptions, il apparaît plus pertinent de dire qu'elle est, selon les situations, tour à tour l'une et l'autre.

175. Il serait ainsi possible de distinguer d'une part les parents qui n'ont jamais pris leur place près de l'enfant, qui n'ont jamais tissé de liens affectifs avec lui tandis que des tiers sont disposés à lui donner l'amour dont il a besoin en l'adoptant, et alors la déclaration judiciaire d'abandon est fondée sur une nécessité pour le droit de prendre acte d'une absence de relation en fait. Le parent est pratiquement disqualifié à cette place. En lieu et place d'un véritable abandon qui serait la rupture d'une relation filiale affectivement marquée, c'est la présence d'une absence de lien qu'il faudrait constater, d'un défaut pur et simple d'affect, pour lequel la seule sanction envisageable au plan juridique ne peut qu'être une prise d'acte de l'absence de lien.

D'ailleurs, une telle inexistence de lien s'observe généralement du côté du parent comme de l'enfant, qui évidemment souffre de ne pas avoir un visage parental dans lequel se reconnaître, mais qui ne souffre peut-être pas de l'absence de ce parent là en particulier.

176. D'autre part, se trouveraient les parents qui ont investis maladroitement leur place, ou qui sont incapables de l'assumer actuellement, et pour lesquels le droit conserverait une possibilité d'entourer à nouveau la vie de leur enfant. Ces parents là engagent à une indulgence des juges qui ne déclarent pas l'abandon judiciaire. Ils sont ceux qui ont des « motifs légitimes » de ne pas être tels qu'ils devraient être. Leur délaissement peut-être ou non manifeste selon le poids que l'on accorde à l'expression parfois seulement verbale de leurs sentiments, et il peut encore être manifeste mais involontaire. L'intérêt de l'enfant est alors considéré comme ne pouvant qu'être dans l'attente d'une reprise du lien avec un parent qui est pour lui déjà déterminé dans la figure de ceux qui sont aussi ses géniteurs. Ces parents sont quoiqu'il advienne déjà les parents de cet enfant.

177. Enfin, les parents qui ont dans un premier temps vécu comme des père et mère auprès de l'enfant, avant de l'abandonner véritablement, en cessant de lui manifester leur affection alors qu'elle pouvait être considérée comme due par celui qui les connaît dans le rôle qu'ils ont bien voulu tenir pour un temps, **sont faces à une déclaration judiciaire d'abandon** qui n'est plus seulement une conséquence immanquable de leur

éloignement, mais **qui est aussi une sanction**. Cette fois-ci le droit ne prend plus simplement acte qui le déborde, mais il condamne, pour le bien de l'enfant une attitude délétère. L'affection due à l'enfant n'était pas seulement présumée comme une norme naturelle qui aurait été mise en échec dès l'origine²⁹⁷, mais elle a ici bénéficié de l'espace nécessaire à son actualisation. L'enfant est alors bel et bien rejeté, par ces parents qui sont alors coupables d'avoir manifestement et volontairement délaissé leur enfant déjà entre d'autres mains que les leurs.

178. L'on pourrait objecter que, si c'est bien une sanction, elle n'en porte pas le nom. Il n'est à aucun moment expressément question de condamner l'attitude parentale. Pourtant, un préjudice existe bien ici, ainsi qu'un fait dommageable et une forme spécifique de réparation en nature. En outre, l'officialisation de la rupture ne va pas de soi, attendu notamment que de nombreux pays appliquent une « adoption ouverte », plutôt comparable à notre adoption simple, et qui ne prive pas les parents, de toute relation avec leur enfant, du moins est-ce un principe auquel l'on ne fera échec que dans le cas où la continuité de ces liens seraient contraires à l'intérêt de l'enfant²⁹⁸. Un choix a donc été fait de rompre complètement les relations filiales dans ce cas, lequel n'est cependant une sanction possible que lorsque l'on aura reconnu le caractère manifeste et volontaire de l'abandon, et que lorsque l'on sera en mesure d'identifier le préjudice de l'enfant.

179. A l'issue de l'étude de l'abandon, comme responsabilité impensée, malgré l'existence d'un dommage, et d'une forme de comportement blâmable causal, **il ressort que l'affect joue bien un rôle actuel dans les règles de la responsabilité familiale**. Il explique qu'elle soit parfois clairement exclue²⁹⁹, ou parfois simplement impensable. Sa présence néanmoins, une fois constatée, ne s'en trouve pas du même coup clarifiée. Si l'élément affectif joue bien un rôle dans ces mécanismes, il n'en demeure pas moins qu'il apparaît souvent sous un jour ambivalent.

Afin de tenter d'en éclairer les contours, il est encore pourtant possible de voir comment il est traité en droit lorsque la norme est considérée comme supérieure à lui. En

²⁹⁷ Dans la plupart des affaires étudiées ici, les mères ont manifesté leur manque d'affection dès la grossesse.

²⁹⁸ La logique est néanmoins comparable à la nôtre dans la mesure où c'est toujours l'intérêt de l'enfant qui vient contrecarrer le principe de l'immuabilité du lien filial.

²⁹⁹ Cf. *supra* sur les immunités, p. 96.

somme, la démarche est la suivante : si la présence de l'affect est démontrée par le fait qu'il puisse parfois évincer des règles de responsabilité, le contenu de cette présence pourrait être élucidé en négatif, par la façon dont le droit cette fois s'impose à lui.

Section II. Les présences de la responsabilité au nom d'une supériorité de la norme sur l'affect

180. Outre les situations dans lesquelles la responsabilité n'est pas conçue ou est écartée, **il existe des mécanismes qui apparaissent comme des formes de responsabilité, mais qui sont organisés de façon indépendante.** Ce sont des avatars de la responsabilité, qui resurgit alors sous d'autres noms et formes, dans des domaines où ses conditions classiques ne peuvent être admises. Cette fois, l'affect ne peut plus justifier que soit évincée la responsabilité, mais il semble pouvoir expliquer en revanche qu'un mécanisme spécifique d'engagement, de réparation ou de sanction soit mis en place. Parce qu'il apparaît que la responsabilité doit intervenir, même dans la famille, et même entre deux personnes qui sont supposées être affectivement liées, elle s'organise, quitte à prendre des formes ailleurs inédites.

Ainsi, seront étudiées ici ces voies par lesquelles le droit condamne et répare le dommage causé par une personne à un membre de sa famille, sans se fonder sur les articles 1382 et suivants du Code civil, ni sur une règle de droit pénal. Mais il peut aussi bien être considéré qu'un engagement pris réponde également à une « logique » de responsabilité, en ce sens qu'un équilibre est garanti en droit³⁰⁰.

Un mécanisme analogue à celui de la responsabilité est bien appliqué, mais la responsabilité elle-même n'est pas engagée. Les objectifs sont peut-être les mêmes entre celui-ci et celui-là, mais les modalités diffèrent tout de même d'une façon suffisamment sensible pour que s'y lise, peut-être, un certain malaise de la responsabilité en présence de l'élément affectif, auquel elle s'applique pourtant.

181. **Une hiérarchie des valeurs s'opère en fait par ce moyen, qui fixe qu'en ce cas les affects doivent se plier à des logiques de rétributions.** La présence de l'affect n'est alors plus seulement potentielle, mais elle est actuelle, quoiqu'elle se dessine ici en négatif, puisque le droit ne lui donne pas de rôle explicite. Les avatars de la responsabilité ainsi définis, trouvent à s'appliquer aussi bien dans la relation maritale, sous cette forme

³⁰⁰ Il ne s'agit pas de dire que les mécanismes qui feront l'objet de cette section sont des responsabilités, mais plutôt qu'ils peuvent s'apparenter à la responsabilité parce qu'ils visent un équilibre, une mesure, à prévenir ou à compenser.

particulière, que représente un engagement dans un statut qui est ensuite le support d'une responsabilité propre, (Sous-section I) que dans le lien consanguin, par le biais de procédés tels que la reconnaissance d'indignité ou l'action à fins de subsides (Sous-section II).

Sous-section I. LA PRESENCE D'UNE LOGIQUE DE RESPONSABILITE DANS LE COUPLE

182. Il ne saurait être question, en concentrant l'analyse sur le mariage, de nier la pluralité des situations de couple qui peut évidemment être mise en lumière comme autant de rencontres possibles entre deux personnes humaines, d'autant que de ce point de vue, elle n'existe pas moins au sein même de l'hymen, comme chacun le sait bien. Les tourments d'Anna Karénine³⁰¹ n'en sont-ils pas l'exemple le plus frappant ? Mais ce que sait l'écrivain n'est pas ce dont le juriste se nourrit quand sa connaissance consiste en un travail de qualification des faits et par là même de classement.

Le mariage est donc pour lui un type homogène, un modèle³⁰², qui existe au-delà des histoires propres à chaque relation, comme l'impose sa fonction normative. L'enjeu réside alors, ici plus qu'ailleurs probablement dès lors que l'union matrimoniale relève autant de l'intimité propre de la personne que d'une protection offerte par le droit, dans la possibilité d'une réconciliation du *sein* et du *sollen*. De sa réussite dépend la valeur de l'engagement que prennent les époux l'un envers l'autre. C'est en partie pourquoi la manière dont on peut expliquer ce qui est à l'origine de cet engagement est toujours remise à l'ouvrage.

183. Mais en tant qu'engagement déjà, il est possible de l'analyser comme relevant d'une logique de responsabilité, qui en fixant un statut, fixe aussi pour l'avenir les conditions dans lesquelles les droits et les devoirs de chacun seront juridiquement sanctionnés et réparés. Le couple alors se fonde sur un affect qui demeure implicite parce qu'il ne peut

³⁰¹ Le roman de Tolstoï met dramatiquement en scène plusieurs couples dont chacun serait l'archétype d'un genre plus ou moins heureux de mariage, mais aussi, et c'est là ce qui peut retenir l'attention du juriste aujourd'hui encore, plus ou moins voulu à l'origine et dans sa continuité.

³⁰² Emile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I : Economie, parenté, société*, Paris, Les éditions de Minuit, 1969, p. 239.

être compté au nombre des conditions fixées par le droit pour en obtenir le statut, mais qui conserve pourtant un rôle défini en négatif, par l'influence qu'il a sur cette forme d'engagement pour l'avenir que constitue le mariage.

184. C'est ainsi que la discussion, quelque peu surannée peut-être mais pourtant non dénuée de signification, sur la valeur contractuelle du mariage se trouve relancée aujourd'hui. Elle a pourtant le tort d'être presque exclusivement comprise comme mettant en avant le rôle de la volonté nécessaire à l'instauration d'une responsabilité (Paragraphe 1). En outre, en méconnaissant parfois les sources des ambivalences du sens de l'engagement conjugal qui plongent dans le droit canonique médiéval³⁰³, elle manque l'un des aspects par lesquels elle pourrait pourtant comprendre la possibilité d'une responsabilité dans la couple (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les renouvellements du débat sur la nature de l'engagement conjugal

185. L'affect qui **préexiste** et qui fonde la volonté qu'ont deux personnes de s'engager et de s'exposer ainsi à une responsabilité juridiquement organisée, ne peut qu'être présumé. Le droit examine les manifestations d'une volonté qui lui semble plus directement observable. Ce faisant, il tient en fait déjà compte de la nature particulière de la relation qui unit les membres du couple, et qui en s'engageant « choisissent » d'assumer une responsabilité statutaire. Ils acceptent par cet engagement que l'équilibre qu'ils choisissent soit ensuite respecté en droit. encore une fois, l'affect apparaît comme un moteur ambivalent de responsabilité, parce que s'il est la cause factuelle de l'engagement, tout se passe ensuite

³⁰³ Doctrine initiée par la Pape Alexandre III, mais dont les origines sont bien plus anciennes, puisque MODESTIN déjà caractérisait le mariage par la communauté de vie entre deux personnes de sexe différent, sachant que cette existence ne pouvait que résulter de l'accord des deux volontés. Cet élément volontaire prime alors sur l'aspect réel que prenait le mariage par l'exigence de cohabitation et qui comptait par exemple dans la tradition germanique. Par là d'ailleurs, MODESTIN rejoint les principes déjà présents en Droit romain. Notons qu'en droit canonique, le mariage était un contrat consensuel jusqu'au concile de Trente. A partir de cette date, il est devenu un contrat solennel. Le caractère contractuel du mariage est repris dans le Code, au Canon 1012 : « Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem », et au Canon 1081 §1 : « Matrimonium facit partium consensus ». Cela étant dit, il est toujours question d'un contrat sui generis, parce qu'il est sacré et parce que la nature en fixe les éléments essentiels. Sur ces questions, voire Raoul NAZ (dir.), « Mariage en droit occidental », Dictionnaire de droit canonique, Tome 6, Librairie Letouzey et Ané, Paris, 1957, p. 739 à 787.

comme si cet engagement devait finir par s'imposer à lui, dans la mesure où les manquements au statut marital seront sanctionnés juridiquement. La norme est considérée comme lui étant supérieure.

Cette volonté pourtant joue un rôle ambivalent, tant au moment de l'engagement (I) que dans l'actualisation des devoirs qui en découlent (II).

I. L'AMBIVALENCE DU ROLE DE LA VOLONTE DANS L'ENGAGEMENT CONJUGAL SOURCE DE RESPONSABILITE

186. La volonté qui s'exprime dans le mariage n'est pas seulement un assentiment donné comme un « oui » à la question fatidique de l'officier d'état civil, mais c'est encore une initiative vers un engagement institutionnel³⁰⁴ qui ne peut plus être réduit à une simple conformité à un modèle social excluant d'autres formes moins solennelles³⁰⁵. Le choix est libre, mais sa fin et son moyen sont réalisés en un engagement pour et dans un statut particulier, celui du mariage³⁰⁶.

Dans cet esprit, la présentation qui peut être proposée des analyses conventionnelles du mariage devrait, pour ne pas être caricaturale, envisager cette doctrine par les finesses qu'elle peut aujourd'hui encore insuffler à l'analyse de l'origine de la responsabilité dans le couple.

³⁰⁴ Gabriel LEPOINTE, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, Montchrestien, 1962, 761.

³⁰⁵ Bien qu'il soit malaisé de chiffrer le nombre de personnes vivant en concubinage puisque précisément rien ne les distingue a priori dans leur statut de personnes célibataires, il faut pourtant considérer avec soin cette forme d'union qui pose de nombreuses questions quant à la responsabilité.

³⁰⁶ Notons que dans la doctrine actuelle, il est courant de lire que le mariage se contractualise en se rapprochant du PACS qui lui, s'institutionnalise. Ce rapprochement, du moins dans la stricte mesure où il est fondé sur une telle argumentation semble ne pas convaincre. Certes, les obligations qui sont fixées par l'article 515-4 du Code civil sont apparemment calquées sur celles que se doivent les époux, et relèvent tout autant de l'ordre public. Néanmoins, l'originalité du PACS veut que les modalités de l'aide matérielle que se doivent chacun des partenaires puissent être réglées par eux. S'ils n'ont pas la possibilité de s'en départir, ils peuvent l'aménager en la détachant du principe de proportionnalité. Concrètement donc par exemple, il est possible, dans le cadre de tels aménagements, que le partenaire qui a le plus de ressources ne participe pas davantage aux frais de la vie commune que l'autre. Il est évident que l'on permet donc un engagement en quelque sorte « sans risques » au plan matériel et financier. Bien sûr, il eût été impossible de procéder de même avec l'obligation d'assistance mutuelle, pour laquelle il est entendu qu'elle s'interprète à contrario comme un soutien d'ordre moral et affectif. Or, peut-être serait-il important de noter que dans la réalité, il est bien souvent complexe de distinguer aussi nettement l'aide financière et le soutien que l'on peut apporter à une personne. Ainsi, il faudrait reconnaître que par cette possibilité offerte aux partenaires dans la modulation de leur devoir de secours matériel, la loi introduit une distinction essentielle entre le PACS et le mariage. *L'engagement n'est pas le même.*

Selon les termes de Portalis, le code civil a redéfini le mariage comme un « contrat perpétuel par destination ». On sait que le rédacteur du code très souvent cité, a été largement influencé par l'Ecole du Droit de la nature et des gens, dans une vision où la nature serait détachée de tout personnalisme³⁰⁷ et que par suite, il a réduit l'union de personnes qu'est le mariage à une union des natures³⁰⁸ généricisées, c'est-à-dire qu'il a anéanti l'ancrage de cette union dans une personne irréductible au genre auquel elle se rapporte.

Sans adhérer à une vision du mariage qui a expliqué notamment les injustices faites aux femmes par le Code Napoléon ou qui pourrait bien expliquer encore certaines des difficultés contemporaines que rencontre la conjugalité³⁰⁹, l'assertion de Portalis, qui d'ailleurs n'est qu'un calque des définitions romanistes et canoniques, paraît propre à situer l'un des aspects des doctrines qui se montrent favorables à un rapprochement entre le contrat et le contrat particulier que serait le mariage. Il ne s'agit pas de nier les spécificités de cette alliance qui a pour cause et pour objet premier d'épuiser, en principe, en une seule fois les possibilités de la contracter et pour une durée indéfinie³¹⁰.

187. L'argument principal sur lequel repose les constats d'un certain parallélisme entre ces deux formes de relations interpersonnelles est fondé sur la prééminence de l'échange des consentements dans les démarches des futurs époux³¹¹. Le couple, en effet, repose sur la rencontre de deux volontés, et comme dans tout contrat synallagmatique en droit français, c'est le moment de l'échange des consentements qui marque la naissance de ce contrat, quand bien même on le déclarerait solennel³¹².

³⁰⁷ Jean-Marc TRIGEAUD, « Rosmini, Portalis et l'union des sexes dans le Code civil français », in *Droits premiers*, Bibliothèque de philosophie comparée, Tome 20, Editions Bière, Bordeaux, 2001, p. 121 à 134.

³⁰⁸ *Ibidem*, « [Le mariage] marque une union des personnes, une *communio personarum*, qui possède son mystère, puisqu'elle unit ce qui est distinct (le différent ou le distinct dans l'un). Il n'est pas une union des natures qui opère la réunion du même (le même dans l'un) », p. 125.

³⁰⁹ *Ibidem*, La vision du mariage dont Portalis a marqué notre Code civil serait à l'origine du malaise rencontré par les législateurs aujourd'hui pour refuser la possibilité d'un mariage homosexuel, dès lors que la réduction de l'altérité pourrait y être déjà décelée par une généricisation outrancière.

³¹⁰ Tel est l'objet du mariage et le fait que l'on puisse librement divorcer et se remarier n'y change rien dès lors que si précisément le mariage peut avoir encore quelque attrait pour les amoureux par rapport à une union libre ou même un Pacte Civil de Solidarité, c'est bien parce qu'il est censé marqué la relation exclusive et qui durera pour la vie.

³¹¹ Il s'agit bien de cela dans la valeur, certes désormais érodée, que l'on confère aux fiançailles qui sont une promesse dans laquelle les volontés se sont déjà rencontrées ; c'est donc en quelque sorte a fortiori que l'on consacre également cet échange des consentements au moment du mariage, qui du reste est encore une promesse d'adopter pour l'avenir un certain comportement.

³¹² Cf. le débat construit autour du rôle de l'officier d'état civil dans le prononcé du mariage : s'il ne fait que recueillir dans une posture passive, les vœux des époux, le mariage commence bien au moment de l'échange des consentements, mais il en va autrement si, de façon active cette fois, c'est lui qui prononce le mariage après avoir entendu les époux s'accepter mutuellement. Voir Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les*

Le couple ne dépendrait alors que du désir qu'ont deux personnes de construire une vie commune et qui formalisent ces souhaits par la conclusion d'un mariage, fondation d'un certain nombre d'obligations, pour lesquelles la réciprocité serait de mise. Au premier titre de ses obligations, relevons notamment les « devoirs de respect, fidélité, de secours et d'assistance »³¹³ sur lesquels il faudrait revenir³¹⁴, mais aussi les obligations alimentaires qui pourraient s'apparenter à des obligations synallagmatiques classiques, si ce n'était leur cause particulière qui précisément ne réside pas en tant que telle dans l'exécution de l'obligation de l'autre partie.

188. L'idée que l'engagement pris au moment du mariage emporte une obligation de respecter les devoirs qu'imposent le Code civil est importante, premièrement parce que cela signifie très sensiblement que l'union conclue dépasse une responsabilité qui ne serait due que par chacun des époux envers l'autre ; il existe une responsabilité envers le couple lui-même comme unité dépassant les vœux individuels.

Mais deuxièmement, cette idée est importante parce que les évolutions actuelles qu'ont pu subir ces devoirs conjugaux forment l'un des principaux arguments des nouveaux tenants de la théorie du mariage-contrat³¹⁵. Le point de mire d'une telle appréhension des obligations du mariage se matérialise avec l'idée qu'elles pourraient se trouver limitées par le comportement des époux, puisque l'on cherche à démontrer que l'inexécution, qui aurait dû entraîner une réparation, avait été acceptée par eux, ou qu'elle trouve une forme d'excuse dans leur attitude fautive.

189. Il est vrai que certaines décisions, notamment celles examinant les torts respectifs des époux dans un divorce pour faute, semblent de ce point de vue très significatives lorsqu'elles admettent par exemple la validité d'une convention temporaire de

personnes, La famille, l'enfant, le couple, Quadrige, PUF, Paris, 2004, n°540 ; Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2011, n° 233.

³¹³ Inutile sans doute de rappeler ici l'article 212 du code civil bien connu de tous, mais dont on peut cependant remarquer qu'il invoque non pas des obligations mais des « devoirs » que l'on peut, sans gloser, considérer comme étant d'une importance morale supérieure à celles-ci. Cette notion d'un devoir se rattache en fait justement plus au mariage institutionnel qu'au mariage contractuel qui se forge quant à lui autour d'obligations dont l'objet est plus matériel. Pour des développements sur ce point, cf. *infra* p.164 et s.

³¹⁴ Sur la fidélité, cf. *infra* p. 565.

³¹⁵ Par opposition, on peut signaler la thèse de Jean GARRIGUE sur *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Laurent LEVENEUR (dir.), éditions Panthéon Assas, L.G.D.J, Paris, 2012, 624 p. L'auteur formule l'hypothèse selon laquelle la plupart des devoirs conjugaux sont bel et bien actuellement vidés de leur substance, mais, sans en conclure que le mariage se serait contractualisé puisque son étude ne se présente pas sous cet angle, il en tire l'idée que c'est le mariage lui-même qui perd son essence et son sens.

divorce par laquelle les époux se délient mutuellement du devoir de fidélité³¹⁶. De façon plus éloquente encore, des juges ont pu décider que l'adultère ne pouvait être à l'origine d'un divorce pour faute lorsque cet acte résultait d'un mode de vie auquel les deux conjoints avaient consentis³¹⁷. Si les juges reconnaissent alors qu'un tel « mode de vie » est possible lorsqu'il résulte d'un accord qu'auraient les époux sur ce point, il faut se demander quel poids demeure celui du devoir de fidélité pourtant clairement et absolument posé par le code civil³¹⁸. La jurisprudence tendrait donc à prouver que les obligations dues par chacun des époux à l'autre suivent une géométrie variable en fonction de la volonté et de l'histoire de ce couple particulier, sans qu'il soit alors possible d'en fixer à l'avance l'étendue ni même le contenu précis, et cela vaudrait même pour les devoirs qui sont analysés comme essentiels au mariage. On conçoit mal dans ces conditions, la possibilité d'une cohabitation, à côté de la théorie selon laquelle le mariage doit être analysé comme un contrat, d'un mariage institutionnel.

II. L'AMBIVALENCE DU ROLE DE LA VOLONTE DANS LE RESPECT DES DEVOIRS CONJUGAUX SOURCES DE RESPONSABILITE : DES DEVOIRS AUX OBLIGATIONS

190. Pour autant, le sens dont il faut accrédi-ter ces décisions devrait être rattaché au constat de la postériorité de ces modulations des devoirs essentiels du mariage par rapport à l'engagement. En effet, la nécessité veut que les juges ne puissent éventuellement déclarer de tels aménagements contractuels possibles qu'au moment où le couple n'est plus. Or, il semblerait que l'on ne puisse alors en déduire des implications quant au sens de la responsabilité prise par avance par les époux, pour lesquels il serait probablement inconcevable de dire au moment du mariage qu'ils ne se porteront secours que

³¹⁶ TGI Lille, 26 novembre 1999, D. 2000, II, p. 254, note Xavier LABBÉE.

³¹⁷ Bordeaux, 19 novembre 1996, D. 1997, p.523, note critique GARÉ ; Dr. Famille 1997, 60, note LÉCUYER.

³¹⁸ Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presses Universitaires du Septentrion, Arras, 1996. Sur le point de la fidélité, voir p.69 et suivantes. L'auteur s'appuie sur de telles conventions permettant aux époux de se délier de ce devoir de fidélité pour considérer la voie contractuelle comme la plus apte à régir désormais le mariage.

dans la mesure où l'autre aura d'abord agit de même ou qu'ils ne se promettent pas fidélité. L'engagement n'est donc pas marqué dans son sens par de telles décisions, qui à la rigueur ne feraient que reconnaître que l'union n'a jamais existé.

En outre, l'interprétation rigoureuse des décisions récentes en la matière appelle une première tentative de franchir le pas de la théorie du droit à la philosophie du droit.

Un auteur les a interprétées comme fondant subjectivement une interdépendance entre les obligations des époux, dès lors que le juge tranche *in concreto* en la matière sans dégager de critères *a priori*³¹⁹. Le mariage ne pourrait pas, pour cette raison, s'assimiler à un contrat, précisément parce que cette jurisprudence reconnaît donc qu'il n'existe aucune interdépendance objective, définie *a priori* par le droit, qui presserait alors les époux à des rapports d'équivalence où il faudrait compter ce que l'on donne par la stricte mesure de ce que l'on reçoit. Tandis que l'échange est purement horizontal, le don est vertical et suppose une référence à une valeur supérieure, le « nous ».

191. Mais la réfutation du caractère contractuel proposée ici ne peut convaincre : d'abord, l'engagement de la responsabilité contractuelle elle-même contraint toujours le juge à inventer une solution adaptée au cas particulier qui se présente à lui, quand bien même il l'inventerait à partir d'un certain nombre de critères définis *in abstracto*.

À ce premier point, qui disqualifie formellement le raisonnement qui rejette la nature contractuelle des relations entre époux au motif que les obligations sont évaluées *in concreto*, il faut en ajouter un autre, plus matériel. Une telle hypothèse repose sur le déroulement des liens de responsabilité dans le mariage et non sur leur origine qui peut toujours être tirée de la

³¹⁹ Janick ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles », in RTD civ. 2000, p. 735. L'auteur se prononce en faveur d'une analyse institutionnelle du mariage en fondant notamment sa réflexion sur la jurisprudence en matière de divorce pour faute. En effet, s'il admet un désengagement de l'ordre public en matière de mariage, il constate que ce critère est insuffisant pour opter définitivement en faveur d'un contrat synallagmatique qui existerait entre les époux dans la mesure où ce qui fait la nature d'un tel contrat n'est pas le retrait de l'ordre public ni même les possibilités d'expression de la volonté individuelle, mais bien plutôt le caractère réciproques des obligations de chacun. « (...) la jurisprudence sur l'incidence des torts respectifs entre époux apparaît très cohérente et révélatrice de l'aspect institutionnel du mariage. (...) Cette interdépendance subjective, loin d'impliquer une interdépendance objective des obligations entre époux l'exclut et exclut par là même toute logique contractuelle. En effet si le juge statue au cas par cas, c'est justement parce qu'il n'y a pas de lien objectif entre les obligations de chaque époux. Cette immixtion du juge dans l'intimité du couple, cette incertitude de la jurisprudence sont autant d'éléments qui montrent que les rapports entre époux sont bien des rapports d'alliance. Chacun se doit de respecter ses obligations sans attendre nécessairement de retour ». Signalons que l'interdépendance subjective repose sur ce que l'auteur nomme le « vécu conjugal », qui s'assimile à la volonté des époux... Pour les tenants de l'analyse contractuelle, cet aveu suffit à confirmer en dernière analyse leur point de vue. Il est intéressant de noter que l'auteur conclue son propos sur une idée d'Emmanuel LÉVINAS pour qui la relation intersubjective est nécessairement asymétrique, *irréciproque*. Pour LÉVINAS, la réciprocité des rapports est réintroduite au niveau de la justice, mais ne peut exister entre les personnes. Nous nous trouverions alors presque face à une logique du don, dans laquelle il faudrait situer les rapports du couple.

volition des parties. Tout ce passe comme s'il pouvait y avoir une déconnexion entre le fondement des obligations qui unissent les époux et leur déploiement dans le couple. Aussi le secours de la philosophie du droit devient-il un besoin, qui devrait permettre d'élucider le rôle de la volonté dans la création du lien de droit, cristallisée dans la responsabilité maritale, et par là même de déterminer si le parallèle avec le contrat peut être légitimé, mais sans introduire de fausse distinction entre ce qui explique la naissance et ce qui explique la vie de cette responsabilité.

192. Il existe en vérité une longue tradition du droit naturel qui a contribué à brouiller la compréhension de ce que devait être le contrat conjugal.

Paragraphe 2. Théories du mariage du droit naturel moderne et affaiblissement du sens de l'engagement

193. D'une idée de liberté dans l'engagement conjugal qui avait été défendue en droit canon, l'Ecole du droit naturel moderne a glissé vers celle de la volonté des membres du couple. Ce faisant, **les époux sont devenus débiteurs d'obligations réciproques.**

Le droit naturel moderne a posé une vision du mariage (I) qui se déroule encore actuellement, jusqu'à la remise en question de la singularité de cette union (II).

I. ORIGINE DES AMBIVALENCES DE L'ENGAGEMENT CONJUGAL DANS LE JUSNATURALISME MODERNE

194. **L'évolution de la pensée développée par les jusnaturalistes modernes paraît être en mesure d'éclairer l'analyse.** En effet, l'École du Droit naturel moderne s'est

attachée à montrer le caractère conventionnel des liens du mariage³²⁰. Pour ses auteurs, et particulièrement pour Pufendorf³²¹, puis de façon plus explicite, pour Thomasius³²², de la volonté dépendent non seulement la naissance, mais encore l'objet, la durée et l'extinction des rapports entre époux. D'inspiration idéaliste, nominaliste par l'influence qu'eût Occam sur ces auteurs, et surtout évidemment volontariste, cette théorie transpose les rapports juridiques entre époux d'un ordre objectif, déterminé par la Nature ou par Dieu, vers un ordre subjectif de la contingence. La société conjugale est alors entièrement soumise à la volonté des époux.

Pourtant, les auteurs de l'École du Droit naturel moderne ont, dans le même temps, affirmé l'égalité des époux et la réciprocité de leurs devoirs et de leurs droits³²³. Alors, cette égalité précisément échappe au pouvoir des déterminations particulières que lui ferait subir la volonté du mari et de la femme.

195. Une contradiction appert peut-être alors dans les théories maritales retenue par cette École, puisqu'elle souligne l'omnipotence de la volonté de chacun des membres de la société conjugale sur les relations qui y joueront, tout en rejetant l'idée que l'une de ces volontés puisse ontologiquement prendre le pas sur l'autre³²⁴. En admettant le postulat selon lequel ce qui est contractuel est ce qui « contient des engagements réciproques »³²⁵, le mariage a un aspect contractuel mais ce caractère n'est pas fondé d'abord,

³²⁰ Alfred DUFOUR, « Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne », in *Archives de philosophie du droit*, tome 20, Paris, 1975, p.89 à 125. « (...), on peut dire que la pensée matrimoniale jusnaturaliste est le théâtre sinon une entreprise délibérée, de substitution d'une mentalité contractuelle à une mentalité institutionnelle », p. 94. Il faut également citer l'ouvrage que cet auteur a consacré à la question : Alfred DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du Droit naturel moderne au XVIII^{ème} siècle*, Paris, 1972.

³²¹ PUFENDORF ne nie pas le caractère institutionnel du mariage mais il franchit le premier pas en proclamant qu'il est une institution-contrat. C'est ce que l'on observe notamment dans *De jure Naturae et Gentium*, I, III, § 4 et 5, VI, I, § 11 et 12. Sur ce point, cf. Alfred DUFOUR, opus cité, p. 224 à 227.

³²² Pour THOMASIUS le mariage est purement et simplement un contrat.

³²³ Cette théorie est le plus fermement posée par Christian WOLFF. Alfred DUFOUR, article précité : « (...) la thèse de l'égalité des sexes ne trouvera sa pleine consécration juridique en Droit matrimonial que dans la pensée de l'école wolffienne, dont les auteurs insisteront sur la totale réciprocité des droits et des devoirs conjugaux, de l'amour et de la fidélité à l'aide et à la gestion du ménage, en passant par l'obligation de cohabitation et toute la casuistique relative aux conditions de prestation du devoir conjugal », p. 98.

³²⁴ C'est à gros traits qu'est ici décrite la pensée jusnaturaliste moderne, qui est sur la question de l'autorité maritale assez protéiforme en ce qu'elle nie parfois tout besoin d'une quelconque autorité dans le mariage (c'est la thèse de THOMASIUS) et en ce qu'elle remet au contraire d'autre fois une part égale d'autorité à chacun des époux (c'est la thèse défendue par Christian WOLFF). Néanmoins, il semble qu'à la suite de M. DUFOUR, il faille remarquer qu'au-delà de cette problématique particulière du fondement de l'autorité maritale, l'école du Droit naturel moderne défende plus généralement l'égalité des époux dans leurs droits et dans leurs devoirs. C'est sur cette remarque générale qu'est fondé le raisonnement ici produit à son endroit. Alfred DUFOUR, art. cit., loc. cit.

³²⁵ André LALANDE, « Contrat », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige, P.U.F, Paris, juin 2006 [1902-1923]. Soulignons au passage que la définition donnée du contrat s'étaye d'un contraire, le statut « c'est-à-dire les rapports légaux qui s'établissent entre les hommes par le seul fait qu'ils

comme l'ont cru les jusnaturalistes modernes et les auteurs qui défendent aujourd'hui encore la nature contractuelle du mariage, sur son origine subjectivement volontaire mais sur l'engagement d'une personne envers une autre et envers le couple lui-même, pour lequel il est légitime que le droit intervienne en cas de manquement à la parole donnée.

196. Thomasius, et surtout Wolff, avaient bien eu l'intuition du rapport nécessaire entre contrat et obligations réciproques, intuition d'ailleurs parfaitement reproduite par notre Code civil en son article 1101, mais c'est étrangement sur la volonté que tous se sont attardés depuis, pour faire prioritairement du mariage une convention, plongeant alors le débat dans une inexpugnable impasse, les opposants demeurant toujours dans leur droit pour contrer la volonté par les règles légalement posées et leurs interprétations concrètes. Ces difficultés seraient écartées si l'on en revient à une définition rigoureuse du contrat comme engagement, qui alors n'exclut pas l'intervention de la règle de droit *a priori*, ni d'ailleurs l'institution.

En outre, la fracture qui avait été introduite entre l'origine des rapports juridiques entre époux et leur réalisation matérielle est résolue par cette notion d'engagement qui traduit tout autant une naissance qu'une dynamique. C'est un mouvement dont le droit perçoit nettement le commencement³²⁶, mais qui est ensuite perpétuellement en train d'investir sa matière.

197. Ces questionnements paraissent sensibles, dans un contexte où la singularité de l'union maritale se trouve mise en doute. La présence implicite de l'affect dans la formation de l'engagement est en ce cas problématique, parce qu'en ne l'admettant pas, le statut conjugal qu'organise le Code civil tend à dissoudre la spécificité de ce type d'union.

appartiennent à telle classe sociale, ou qu'ils se trouvent dans telle situation (homme ou femme, majeur ou mineur, père ou fils, etc.), à laquelle leur volonté ne peut rien changer ».

³²⁶ Le droit se distingue apparemment là de la psychologie qui recherche dans son ordre, ce qui détermine l'engagement. Toutefois, pour le sujet ici traité, il semblerait qu'il faille indiquer que le droit se fondant et se remplissant dans le même mouvement du fait, la cause première de cet engagement l'intéresse également. Cette cause, qui est à rechercher dans l'affection qu'entretienne les deux époux détermine le droit dans sa manière d'appliquer les mécanismes de la responsabilité à cette situation particulière.

II. DEVELOPPEMENTS DES AMBIVALENCES DE L'ENGAGEMENT

CONJUGAL : LA QUESTION DE LA SINGULARITE DE L'UNION

MARITALE

198. Avant de revenir sur la persistance dans laquelle pourrait alors s'inscrire les caractéristiques institutionnelles du mariage, **il reste la question d'une éventuelle singularité de l'union conjugale**, —en laquelle il est légitime de croire, mais qui pourra être mise en péril au regard de son aspect contractuel. En clair, l'engagement marital est-il essentiellement différent d'un quelconque autre engagement contractuel ? C'est bien là que les théories les plus abouties de la nature contractuelle du mariage se distinguent, en ne commettant pas l'erreur d'aller à l'encontre de ce que chacun de nous sent.

Si le mariage relève bien d'une essence contractuelle³²⁷, il n'est pourtant pas possible de le fondre complètement dans cette essence. C'est ce qu'avait bien pressenti Duguit, pour qui le mariage³²⁸ était précisément une « union » à laquelle il prêtait bien un caractère conventionnel, mais non un aspect contractuel dès lors que la situation juridique résultant de l'accord des deux époux ne serait pas subjective, mais objective³²⁹. Le mariage créerait en effet un état. D'une autre manière, lorsqu'Alain Sériaux a défendu la réalité contractuelle du

³²⁷ Outre l'élément central que constitue l'engagement réciproque, nombres d'études consacrées au mariage comme contrat remarquent que les conditions de formation et de validité du mariage sont tout à fait assimilables à celles que l'on rencontre habituellement dans les contrats. Les critères mêmes auxquels il est fait appel (capacité, consentement, cause, objet) sont ceux que l'on rencontre au fondement de tous les actes juridiques. La liberté de passer sur ces différents points se justifie, parce qu'ils semblent être secondaires par rapport au critère de l'engagement qui marque à la fois l'appartenance du mariage à la famille contractuelle et sa singularité. Il est premier non seulement psychologiquement ou individuellement, mais encore dans l'ordre du droit lui-même puisqu'il fonde la responsabilité sur le respect de la parole donnée qui s'assimile à une forme de la fidélité envers soi-même. En cela, il faut rapprocher ce constat de la pensée personnaliste, notamment celle d'Emmanuel MOUNIER.

³²⁸ La remarque de Duguit à propos du mariage paraît complètement transposable au PACS en ce sens que là aussi, et finalement quelque soit l'étendue possible des volitions propres aux partenaires, la naissance d'un véritable droit *objectif* doit être constatée. Bien que le législateur, mais aussi la doctrine, s'accordent parfaitement à dire que le PACS n'est qu'un contrat, il faut une fois encore admettre que le mur qui sépare le contrat de l'institution n'existe pas, puisque effectivement le couple ne peut pas être purement contractuel.

³²⁹ Léon DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Tome I : La règle de droit, le problème de l'Etat, E. de Boccard, 1921, p. 302 à 303. Bien sûr, il faut replacer cette remarque dans le contexte de la pensée de Duguit qui réfutait l'existence des droits subjectifs. Ainsi, le mariage n'est-il pour lui qu'une illustration parmi d'autres de l'inefficience du subjectivisme, ce qui ne prive pas selon toute logique, son constat de toute vérité.

mariage, il l'a fait en démontrant notamment que la singularité de cette union résidait dans son caractère essentiel d'« une acceptation inconditionnelle du don »³³⁰.

199. L'engagement au nom duquel une personne garantit à l'autre qu'elle partagera sa vie avec elle, ne se fait donc pas, comme l'engagement du vendeur, dans le but d'échanger cet engagement contre un autre, équivalent. L'égalité dans les relations juridiques des époux ne réside pas alors dans l'échange d'un bien ou d'une obligation, mais dans le don de soi. La personne entière s'engage.

200. Mais alors, le sens de cet engagement lui-même peut soulever deux problèmes, dont l'un est relatif au sens qu'il peut prendre lorsqu'il est tourné vers l'avenir, et l'autre à la façon dont il serait compatible avec la dissolution du mariage.

Quant à la première de ces questions, l'engagement du couple ne peut correspondre à cette logique de responsabilité qui y était recherchée que s'il acquiert une valeur pour l'avenir, comme si le lien était alors d'une facture assimilable à un contrat, à un accord de volonté, dans lequel chacun se promettrait, pour les temps à venir, à l'autre et entièrement. Or, cela paraît être manifestement en dehors de la réalité de ce qu'est cet engagement. S'il est en fait une présence³³¹, cette présence ne peut qu'être trahie par son passage dans l'univers abstrait d'un futur qui ne peut pas être déjà connu³³².

De nouveau deux ordres se superposent sur une même réalité du couple, dont l'un en droit, suppose que l'engagement ait une portée d'ordre contractuelle, vers l'avenir de la relation humaine, qui alors nécessairement, contient moins que la personne, mais seulement ses attributs ; et dont l'autre, personnel, lie la personne à l'autre, mais ne peut plus alors se contraindre à des temporalités qui ne sont pas encore vécues. En droit, et selon une logique de responsabilité, l'engagement est une projection abstraite, à laquelle un comportement à venir doit se conformer. Dans la relation personnelle, l'engagement est une participation, que l'on peut qualifier de « sincère », à une action présente. L'enjeu d'un droit respectueux de la

³³⁰ Alain SÉRIAUX, « Concubinage formel et mariage informel, Réflexion sur le rôle des formes dans la constitution du couple », in Clothilde BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, Paris, mai 1998, p. 43 à 60. Pour l'auteur, le mariage « s'analyse ainsi en une double promesse unilatérale de donation de l'être-homme et de l'être femme. Double promesse unilatérale car chacun ici se donne à l'autre pleinement, sans attendre rien en retour », p. 58.

³³¹ Martin BUBER, *Je et Tu, [Ich und Du]*, Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, 1969, [1923], Roubaix, 154 p ; Gabriel MADINIER, *Conscience et Amour, Essai sur le « Nous »*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F, deuxième édition, Paris, 1947, 141 p.

³³² Jean-Marc TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, p. 189 à 202.

relation conjugale est donc de pouvoir concilier cet impératif de présence qui le dépasse, et qu'il ne peut, ni doit, vouloir sanctionner à travers une responsabilité, qui doit donc être cantonnée au respect d'une forme d'engagement qui, s'il est tourné vers l'avenir, ne peut alors viser que des attributs.

201. D'où la résolution du second problème qui se trouvait soulevé par cette singularité de l'engagement conjugal : **la dissolution de l'union est toujours possible**³³³, et les conséquences qui sont tirées du divorce se fondent sur la logique de la responsabilité juridique, et non sur une permanence due de l'affection. Et encore faut-il noter qu'il est devenu plutôt commun de relever que la responsabilité, en tant que mécanisme visant à imposer à l'un de répondre des torts qu'il aura causé à l'autre, elle-même est en passe de disparaître de la désunion. Cette disparition de toute responsabilité et de toute responsabilisation dans la vie du couple est volontiers imputée à l'affect³³⁴, qui est alors regardé comme un obstacle à la causalité : celui qui n'aime plus, au fond, n'y peut rien. Les membres du couple seraient comme les spectateurs d'une mésaventure qui advient sans eux. Or, il peut être utile de reprendre ce constat, en indiquant d'abord que cette disparition n'est pas totale, et ensuite que l'affect n'est pas le responsable de cette évolution du mariage été de sa fin. Il peut être au contraire ce qui éclaire une forme de survivance de la responsabilité.

202. **L'exemple de la prestation compensatoire**³³⁵ **est parfois donné comme illustration de la disparition même de la logique de responsabilité du mariage**³³⁶, dès lors que cette prestation ne vise que la compensation d'un déséquilibre objectif dans les niveaux de vie des ex-conjoints. Dans la mesure où elle tend à devenir radicalement distincte d'un procédé destiné à sanctionner un époux fautif, l'évolution de la prestation compensatoire sert ainsi d'illustration de la disparition progressive de toute forme de responsabilité dans la désunion, dans laquelle tout semble s'analyser comme si un « destin » affectif s'était joué

³³³ Justement au nom de l'affect, et donc en contrariété avec ce qu'a affirmé Méline DOUCHY-OUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Lonrai, 2012, p. 81 à 94.

³³⁴ *Idem.*

³³⁵ Articles 270 et 271 du Code civil. C'est bien à propos du devoir de secours que la prestation compensatoire est introduite.

³³⁶ « Il ne s'agit pas (...) d'une indemnité délictuelle qui réparerait le préjudice résultant de la dissolution du mariage : on n'est pas sur le terrain délictuel puisque la prestation compensatoire peut être due en dehors de toute relation de responsable à la victime », Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, PUF, Paris, 2004, n°609. ; Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2011, n°789.

malgré les époux, voire sans eux. L'existence néanmoins d'une possibilité laissée au juge de refuser d'allouer une telle prestation, malgré le constat d'un déséquilibre objectif, mais au nom de l'équité paraît au contraire démontrer qu'une logique de responsabilité subsiste, et que son existence par exception s'explique justement par la singularité du lien qui a unit les membres du couple. En effet, l'énumération des raisons pouvant guider l'équité des juges par l'article 271 du Code civil permet finalement au juge d'apprécier un comportement blâmable de l'époux qui pourrait objectivement bénéficier de la prestation compensatoire. Si cette liste réintroduit l'équité, c'est-à-dire une appréciation concrète des comportements, c'est bien parce que les devoirs des ex-époux ne peuvent, compte tenu de la singularité du lien qui les a unit, être déterminés de façon purement abstraite.

203. Sans que l'engagement conjugal puisse ainsi être purement et simplement assimilé à la responsabilité telle qu'elle est en droit, il s'avère ainsi qu'il peut néanmoins relever d'une logique de responsabilité dans la mesure où il instaure bien des équivalences et des mécanismes de compensation. L'affect est présent, implicitement dans le rapport sur lequel la responsabilité se greffe, et l'influence donc immanquablement. Les difficultés peuvent provenir en fait davantage de la manière dont cet affect est perçu, ou même plus exactement dont il n'est pas perçu, que de sa présence elle-même. Dans les relations consanguines, il semblerait que la perception de l'affect au cœur des mécanismes s'apparentant à la responsabilité soit moins délicate, parce que sujette à moins d'idéalisation.

Sous-section II. LA PRESENCE D'UNE LOGIQUE DE RESPONSABILITE DANS LES LIENS CONSANGUINS

204. **La responsabilité en tant que relation**, attachant un membre de la famille à un autre auquel il devrait répondre de son comportement, **peut se trouver engagée dans les rapports entre consanguins**, et d'une façon sans doute moins discutable qu'entre époux. Quoique cela puisse étonner, il apparaîtrait qu'il existe davantage de mécanismes visant à sanctionner un comportement néfaste ou à compenser un manque subi dans ces rapports entre ascendants et descendants, ou même collatéraux consanguins qu'entre époux. Il a été vu que

dans ce rapport marital en effet la responsabilité était mise à mal par une logique affective singulière. Et cette singularité paraît, de prime abord, plus grande encore dans le lien notamment filial, qui se trouve valorisé comme étant le lien familial par excellence³³⁷. Dès lors, il est aisé de supposer que des formes particulières de responsabilité devraient s'y trouver plus discrètes encore.

Au contraire pourtant, c'est bien justement peut être parce qu'il n'est pas simple de concevoir une responsabilité à part entière dans ces relations consanguines, qu'il existe, plus ici que dans les rapports des époux, des avatars de responsabilité, qui sont en fait des procédés particuliers mis en œuvre pour atteindre aux mêmes buts que la responsabilité civile³³⁸, mais sans devoir en réunir forcément les conditions.

205. Il faut exclure de ces procédés la privation des droits de l'autorité parentale³³⁹, qui peut pourtant apparaître comme une forme de sanction³⁴⁰ prononcée à l'égard des parents défailants, et pour laquelle la confusion avec la responsabilité s'est trouvée augmentée par la mise en place du « contrat de responsabilité parentale »³⁴¹.

En effet, il est important de bien distinguer ce qui relève de l'autorité d'une part, de ce qui relève de la responsabilité de l'autre. L'autorité, comme pouvoir et comme fonction, n'a pas cette qualité de lien, propre à la responsabilité. Or, c'est bien en tant que lien, unissant deux personnes entre elles, pour le déséquilibre que l'une introduit par son action dans la vie de l'autre, que la responsabilité capte l'attention. C'est aussi parce qu'elle est aussi un lien se superposant à l'élément affectif qu'elle a des interactions avec ce dernier. En recherchant des mécanismes qui s'apparentent à la responsabilité, même s'ils ne sont pas nécessairement présentés comme tels, sont donc recherchés des mécanismes qui correspondent à cette qualité essentielle.

³³⁷ Jean CARBONNIER, op. cit. n°384 ; Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, op. cit. n°4.

³³⁸ La responsabilité pénale demeure, dans ses conséquences, singulière et il n'est pas ici possible d'en trouver des « avatars ».

³³⁹ Quoique les projets de réforme du droit de la responsabilité Catala-Viney, et Terré, prônent tous deux une responsabilité des parents du fait de leurs enfants entièrement fondée sur l'autorité parentale, d'autres auteurs, tels que Caroline SIFFREIN-BLANC, (dans son article « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », in *RTD civ.* 2011, p. 479), estiment au contraire que ce fondement de la responsabilité parentale n'a plus de sens dès lors que celle-ci ne repose plus sur une faute de surveillance ou d'éducation. Néanmoins, on pourra dire que l'éviction totale de cette notion d'erreur parentale peut n'être pas aussi évidente. Et si la responsabilité parentale est devenue entièrement objective, est-ce encore une responsabilité ou bien un simple régime de garantie ?

³⁴⁰ Cf. *supra* sur l'abandon, pour les liens que ces mesures entretiennent tout de même avec l'idée d'une responsabilité.

³⁴¹ « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », Frédéric Rolin, in *RDSS*, n°1, janvier-février 2007, p. 38 à 46. Voir aussi « Contrat, Responsabilité, Parenté : un mélange détonant », Judith ROCHFELD, in *RTD civ.* avril-juin 2006, p. 395 à 402.

206. Ainsi donc, par exemple, l'application de l'article 207, alinéa 2 du Code civil³⁴², doit être étudiée, dès lors que cet article fait exception à la réciprocité des obligations alimentaires existant entre les membres d'une même famille. Cette exception étant fondée sur un « manquement grave » à ses obligations d'un membre de la famille envers celui qui lui doit normalement des aliments, il est difficilement possible de nier sa ressemblance avec une responsabilité. En outre, dans les relations entre consanguins, une autre situation peut être rapprochée d'une responsabilité, lorsqu'une obligation alimentaire est appliquée de façon stricte ou rétroactive par les juges. La règle selon laquelle les aliments ne « s'arrangent pas »³⁴³ est mise en échec lorsque certaines circonstances particulières sont relevées par les juges, qui peuvent être considérées comme blessantes ou dommageables pour celui qui demande les aliments.

Parmi les mécanismes les plus usités pour sanctionner et réparer un dommage commis au sein de la famille consanguine, et donc les plus révélateurs tout autant de leurs analogies que de leurs différences d'avec une responsabilité « pure », il est ainsi édifiant d'analyser d'abord le mécanisme de la reconnaissance d'indignité (Paragraphe 1), puis celui relatif aux devoirs d'aliments (Paragraphe 2).

³⁴² Alors que les articles 205 et 206 du Code civil disposent respectivement que : « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin. » et que « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. », l'article 207 pose quant à lui la règle selon laquelle : « Les obligations résultant 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. ». Cet article attire notre attention non seulement parce qu'en organisant des obligations explicitement réciproques, il met en échec l'analyse d'une solidarité familiale fondée sur une gratuité inconciliable avec les impératifs rétributifs de la responsabilité, mais encore parce que la référence à des manquements graves aux obligations des membres d'une même famille instaure un système de responsabilité. Pour nos analyses, cf. *supra*. Cf. également pour des développements poussés sur la question de la gratuité, la thèse de Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoir et gratuité*, L'Harmattan, 2004, Condé-sur-Noireau, 452 p.

³⁴³ Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2011, n°1758 ; Léopold PEYREFITTE, « Considérations sur la règle « Aliments ne s'arrangent pas », *RTD civ*, 1968, p. 286 à 308.

Paragraphe 1. Les sanctions des comportements anormaux dans la famille par la reconnaissance d'indignité

207. La reconnaissance d'indignité peut être demandée sur le fondement de l'article 207, alinéa 2 du Code civil et permet d'opposer à celui qui fait une demande d'aliments son indignité. Si elle est assez rarement invoquée, elle permet par exemple à des enfants de ne pas être redevables d'une obligation alimentaire à l'endroit de leurs parents.

C'est dans cet esprit également que le législateur a prévu que les enfants « qui ont été retirés de leur milieu familial par décision judiciaire durant une période d'au moins trente-six mois cumulés au cours des douze premières années de leur vie »³⁴⁴, ceux qui sont pupilles de l'Etat³⁴⁵ ou enfin ceux dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale³⁴⁶, sont tous dispensés de droit de fournir une aide sociale à leurs parents³⁴⁷.

Si ces mécanismes ne sont pas certes fondés ouvertement sur la responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale, il faut bien admettre pourtant qu'ils répondent exactement tant à sa logique rétributiviste qu'à sa visée normative. Plusieurs auteurs ont ainsi noté que ces possibilités, notamment pour un enfant, d'être dispensé de devoir au parent, qui aurait été avec lui « indigne », une obligation alimentaire, qui font donc obstacle à l'application des règles de la solidarité familiale, confinent à l'introduction de la responsabilité dans ce champ où règne normalement la gratuité des relations³⁴⁸.

³⁴⁴ Article L132-6 CASF : « Les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais. ». Cette disposition s'applique sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales.

³⁴⁵ Article L228-1 CASF : « Le père, la mère et les ascendants d'un enfant pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance restent tenus envers lui des obligations prévues aux articles 203 à 211 du code civil. Sous réserve d'une décision judiciaire contraire, sont dispensés des obligations énoncées aux articles 205, 206 et 207 du code civil les pupilles de l'Etat qui auront été élevés par le service de l'aide sociale à l'enfance jusqu'à la fin de la scolarité obligatoire, à moins que les frais d'entretien occasionnés par le pupille remis ultérieurement à ses parents n'aient été remboursés au département. »

³⁴⁶ Article 379 Code civil : « Le retrait total de l'autorité parentale prononcé en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale ; à défaut d'autre détermination, il s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement. Il emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait. »

³⁴⁷ Article L132-6 CASF, préc.

³⁴⁸ Voir par exemple Philippe MALAURIE et Hughes FULCHIRON, *La famille, Defrénois*, 2^{ème} édition, n°1743, p.647 ; mais aussi Dominique EVERAERT-DUMONT, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°5 », à propos d'une affaire tranchée par la cour d'appel de Limoges, 7 juillet 2008, RG n°07/01158, in *L.P.A.*, 3 juin 2009, n°110, p.7 ; ou encore l'idée centrale développée par la thèse de Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoir et gratuité*, L'Harmattan, 2004, Condé-sur-Noireau, 452 p.

208. L'indignité telle qu'elle est organisée par l'article 207 alinéa 2 du Code civil³⁴⁹, est un mécanisme juridique permettant de faire obstacle à la réciprocité de certaines obligations alimentaires familiales. Une telle indignité une fois reconnue, celui qui devait normalement des aliments à son ascendant, ou à sa parentèle par alliance, s'en voit dispensé. Le principe en est simple et renvoie, peut-être plus évidemment que d'autres mesures, à une responsabilité innommée, puisque l'indignité intervient bien pour sanctionner un manquement à une obligation familiale jugée supérieure.

Il n'en demeure pas moins que dans ses présupposés et ses applications, cette indignité peut être source d'interrogations, au rang desquels il faut peut-être ajouter une réflexion sur le sens de cette « indignité » dans un système de droit reposant normalement sur l'égale dignité de tous, et qui seraient avantageusement éclairées par une considération de l'élément affectif.

Il faut en effet d'abord se pencher sur la question de savoir ce que recouvre l'indignité en fait. La lettre de l'article 207 du Code civil suggère ou bien que ce soit un manque à l'obligation alimentaire du parent qui justifie que l'on en dispense ensuite l'enfant, ou bien qu'une hiérarchie soit instaurée, qui repose sur la distinction des obligations réciproques alimentaires, et des obligations mutuelles relevant d'un autre ordre, ce qui pourrait bien trouver une explication dans la valeur affective et constitutive du lien de cette dernière catégorie.

Pourtant, s'il va de soit que lorsque le juge reconnaît l'indignité d'un parent en se fondant sur les graves lacunes que celui-ci a développé dans son lien avec l'enfant à qui il demande aujourd'hui des aliments, il transforme une obligation réciproque en une obligation unilatérale, il n'est pas aussi évident qu'un manque dans l'ordre de ce qui ne se mesure pas puisse intervenir dans l'ordre de ce qui est mesurable au point de s'expliquer théoriquement par l'existence d'une même quantité de ce que l'on doit et de ce qui est dû. Il y a donc une incursion de l'affect dans un domaine qui n'est pas le sien à l'origine, et cette incursion initie un mécanisme de sanction proche de celui de la responsabilité civile³⁵⁰.

³⁴⁹ L'article 207 du Code civil organise une exception à l'application des articles 205 et 206 fondant l'obligation alimentaire des enfants envers leurs ascendants dans le besoin, ou envers leurs beaux-parents placés dans la même situation aussi longtemps que dure le lien d'alliance les rattachant à eux. Il dispose ainsi que « Les obligations résultant 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. ».

³⁵⁰ Il conviendrait peut-être de reprendre un peu les termes classiques de la distinction de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale. C'est bien cette dernière qui sanctionne et alors les mécanismes de l'indignité pourraient tout aussi bien être apparentés à elle. Mais si elle se trouve plutôt être l'objet d'un rapprochement d'avec la responsabilité civile, c'est parce qu'elle obéit tout de même à une logique

209. De façon très concrète, au moins deux affaires dont ont eu à connaître les juges du fond peuvent illustrer cette analyse selon laquelle d'abord on peut voir dans la reconnaissance d'indignité une forme de responsabilité, et selon laquelle ensuite **cette indignité repose sur une certaine immixtion de l'élément affectif dans l'ordre de la réciprocité de certains devoirs familiaux.**

Dans une affaire tranchée par les juges de la cour d'appel de Limoges en 2008³⁵¹ par exemple, il a été reconnu qu'une mère ayant manqué gravement à ses obligations envers sa fille était « indigne » et ne pouvait donc prétendre aux aliments que lui aurait dus sa fille si leur relation avait été plus sereine. De la formule employée par les juges, on pourrait induire que les critères fondant la déclaration d'indignité sont ceux qui ont traités aux obligations d'éducation et de secours des parents. En effet, la mère avait ici mis un terme à l'apprentissage de sa fille alors que celle-ci n'était âgée que de seize ans et l'avait ensuite laissée seule affronter la souffrance d'une maladie. Mais dans la mesure où les juges soulignent également que les deux femmes n'avaient plus aucun contact depuis dix-sept ans, la question de savoir quel poids attribuer à ce fait dans la sentence rendue se pose.

210. Il s'avère effectivement que les failles parentales ne sont généralement pas suffisantes à déclarer l'indignité et à permettre ainsi à l'enfant d'échapper aux aliments qu'il doit à son parent dans le besoin. Une autre cour d'appel avait par exemple, pratiquement à la même époque que l'affaire qui est ici étudiée, refusé de déclarer l'indignité de la mère qui avait également manqué assez manifestement à ses obligations d'éducation et de secours, mais avec laquelle la fille avait maintenue des relations épisodiques³⁵².

de protection d'un intérêt privé. La réparation s'opère d'une certaine manière par compensation : l'enfant dont le parent a été indigne ne lui doit pas d'aliments, compte tenu de l'attitude que celui-ci a eu auparavant. On répare par une dispense d'accomplir à l'avenir ce qu'un parent n'a pas accompli dans le passé. A ceci près toutefois que, strictement, ce n'est pas toujours un manque sur le plan de l'obligation alimentaire du parent qui justifie en jurisprudence cette dispense...

³⁵¹ CA Limoges, Ch. Civ. 1^{ère} section, 7 juillet 2008, n°07/01158. Cf. la note de Dominique EVERAERT-DUMONT, *in L.P.A.*, 3 juin 2009, n°110, p. 12 à 14. Il est utile de rapporter ici l'attendu qui fonde nos analyses : « Doit être retenue la demande de reconnaissance d'indignité fondée sur l'article 207, alinéa 2 du Code civil aux motifs que la mère a brusquement mis fin à l'apprentissage en coiffure de sa fille pour l'obliger à travailler dans une usine de matelas, que cette dernière a ainsi été tenue, de l'âge de seize à celui de dix-huit ans et demi, de reverser l'intégralité de son salaire à sa mère qui le distraitait pour s'acquitter des mensualités de l'immeuble dont elle avait fait l'acquisition, et qu'après avoir été mise à la porte par sa mère celle-ci s'est totalement désintéressée de sa fille, y compris dans les moments particulièrement douloureux où, atteinte d'une grave maladie, elle a dû affronter son mal sans le moindre soutien ou secours maternel, n'ayant plus aucun contact avec sa mère depuis dix-sept ans ».

³⁵² CA Bordeaux, 6^{ème} ch. civ. 7 avril 2008, n°07/04444. Cf. la note de Dominique EVERAERT-DUMONT, *in L.P.A.*, 3 juin 2009, n°110, p. 14 à 16. Cette fois-ci les juges ont estimé que « doit être rejetée la demande de reconnaissance d'indignité fondée sur l'article 207, alinéa 2 du Code civil aux motifs que les intimées ne rapportent pas la preuve de graves manquements au sens de l'article 207 du Code civil justifiant de

La gravité semble alors s'apprécier surtout au regard des liens que l'enfant aura rompu une fois devenu adulte ou au contraire maintenu. D'une certaine manière, les juges se conduisent comme s'il fallait tirer les conséquences de l'appréciation qu'aura faite l'enfant de l'attitude de son parent. S'il a pardonné et qu'il a donc continué de voir son parent, même de façon irrégulière, l'indignité n'est pas reconnue, car l'enfant lui-même semble ne pas avoir estimé, avant que les aliments lui soient réclamés, que son parent soit « infréquentable ». *Si cette interprétation s'avère exacte, il faut alors admettre que la déclaration d'indignité repose sur un vécu de la relation parent-enfant bien plus que sur une appréciation des qualités du parent.*

211. Outre ce mécanisme, il existe encore une catégorie de procédés qui visent à rétablir un équilibre rompu dans les relations entre consanguins, ou bien même à sanctionner indirectement une attitude qui ne pourrait tomber sous le coup de l'engagement d'une responsabilité civile ou pénale classique. Il s'agit en fait de détournements ou d'applications singulières des règles relatives à l'obligation alimentaire.

Paragraphe 2. Les sanctions alimentaires des dommages entre consanguins

212. Afin de pouvoir analyser aussi rigoureusement que possible la responsabilité de celui qui n'a pas établi son lien avec sa descendance, et compte tenu encore du principe de liberté qui règne en la matière, **il peut être utile de se tourner à présent vers des situations dans lesquelles la responsabilité civile n'est pas engagée, mais où pourtant les solutions apportées ne peuvent s'expliquer que par la considération d'une attitude condamnable dans les relations consanguines.**

Il existe en effet d'une part des circonstances dans lesquelles les juges font une application détournée des règles applicables en matière d'obligation alimentaire, pour

les décharger même pour partie de leur obligation alimentaire envers leur mère, les différents courriers échangés témoignant de relations mère-filles certes parfois tendues et difficiles, mais néanmoins suivies puisque chacune était reçue chez l'autre, ce qui n'apparaît pas compatible avec la description faite par les intimées des manquements qu'elles reprochent aujourd'hui à leur mère ». Dans les faits, les enfants avaient été confiées à des familles d'accueil, ce qui constituait pour elles la faute de leur mère et ses manquements éducatifs. Si le caractère suivi des relations filiales est bien déterminant en l'espèce, il ne joue pas seul dans la mesure où les juges atténuent également la faute de la mère en tenant compte des circonstances particulièrement difficiles de sa vie.

sanctionner celui qui ajouterait à sa carence purement alimentaire, un manque qui peut être considéré comme affectif. D'autre part, la façon dont l'action à fins de subsides est appliquée en certaines espèces n'est pas sans évoquer non plus une forme de sanction d'une faute.

213. Il semble bien qu'ici, seuls les pères soient concernés, dans l'état actuel de la jurisprudence, sans que rien ne s'oppose en principe, pour la question de la rétroactivité de l'obligation alimentaire, à ce que les mères puissent l'être également. L'action à fins de subsides quant à elle vise bien particulièrement celui qui « risque » d'être le père.

L'hypothèse peut s'éprouver de façon assez édifiante lorsqu'est appliquée strictement la règle selon laquelle celui dont la paternité est déclarée devra à son enfant les aliments non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé. La rétroactivité, apparemment simple conséquence logique du caractère déclaratif de toute découverte de paternité³⁵³, condamne le père à verser l'équivalent de plusieurs années d'obligation alimentaire à son enfant. C'est d'autre part parfois dans l'application des subsides que l'on croit pouvoir déceler une condamnation implicite de celui qui a pris le risque d'être père.

La sanction alimentaire peut soit dans la famille prendre le visage de la rétroactivité (I), soit celui de subsides (II).

I. L'APPLICATION STRICTE DE LA RETROACTIVITE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

214. Celui dont la paternité est déclarée devient le débiteur d'une obligation alimentaire rétroagissant au jour de la naissance de l'enfant. Le montant de sa créance devient alors *systématiquement* supérieur au montant des dommages-intérêts qui incombent au père dont le refus d'établir la filiation a été jugé fautif, et ce même lorsqu'il est démontré qu'il ne pouvait pas avoir connaissance³⁵⁴ de sa paternité. Il devient dès lors nécessaire de

³⁵³ Ou de maternité aussi bien, mais le cas est évidemment plus rare dès lors que : soit la mère est inconnue et l'enfant, adopté ensuite en la forme plénière, devra surmonter d'insurmontables difficultés pour la retrouver ; soit la mère est connue, du père notamment, qui peut alors sans peine inscrire son nom dans l'acte de naissance et ainsi établir la filiation maternelle.

³⁵⁴ Sur l'usage du critère de la connaissance, cf. *infra*. p. 504.

comprendre comment il est possible que notre droit positif admette que le refus d'établir la filiation de son enfant ne peut être fautif que lorsque l'enfant connaissait celui qui n'assumait pas juridiquement le rôle qu'il avait déjà dans les faits³⁵⁵, et comment d'autre part il se peut que l'homme qui ne saurait dans ces conditions être fautif puisse être plus lourdement obligé.

215. En effet, il appert des décisions jurisprudentielles prises dans ces circonstances que le calcul du montant de ces aliments peut s'apparenter à une sanction, ou, du moins et plus évidemment, à une compensation, à laquelle il ne manquerait que le nom de responsabilité.

Cette hypothèse peut sembler aventureuse dès lors que la responsabilité se définit strictement comme le mécanisme visant à rétablir l'équilibre dont une personne jouissait et qu'un autre a rompu par ses agissements³⁵⁶. Or, l'enfant dont la filiation est établie suite à une action en constatation de paternité, se trouve investi dans une situation qui sera réputée avoir toujours été la sienne, conformément au caractère déclaratif et donc rétroactif de la déclaration de paternité³⁵⁷. Sans qu'il soit alors apparemment besoin de se référer à un désordre intervenu dans sa vie et qu'il conviendrait de réparer, le versement des aliments qui lui étaient dus correspondrait donc à la simple application de ce caractère déclaratif.

Ni le comportement du père, ni les souffrances de l'enfant n'entrent en considération dans l'évaluation de cette obligation alimentaire et il serait dès lors sans intérêt de chercher la responsabilité là où aucune faute ni aucun préjudice n'existe, dans la mesure où cette responsabilité ne peut être une responsabilité objective. Si le seul fait de ne pas établir sa paternité ou sa maternité ne peut être le fait générateur d'une responsabilité civile, il est effectivement nécessaire de découvrir dans les circonstances particulières de l'espèce une condition sur laquelle fonder la responsabilité. C'est exactement ce à quoi aboutit l'étude des cas dans lesquels la responsabilité était engagée.

Et pourtant, l'application stricte et « aveugle » de la rétroactivité en matière d'action en constatation de paternité pourrait peut-être gagner à un rapprochement avec la responsabilité.

³⁵⁵ Voir *infra*. p. 174. .

³⁵⁶ Jean-Marc TRIGEAUD, « responsabilité », Encyclopédie philosophique universelle, II, Les notions philosophiques, P.U.F, août 1990.

³⁵⁷ Article 316 du Code civil ; Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2011, n°1179 et s.

216. La mise à l'écart du principe « aliments ne s'arrangent pas » en la matière, qui est devenue classique, conduit en effet à contraindre parfois l'homme qui n'a pas reconnu son enfant à lui devoir plusieurs années, voire plusieurs décennies³⁵⁸, de créance d'entretien. Certes, celui qui est condamné au titre de l'article 1382 du Code civil à verser des dommages et intérêts à l'enfant à l'égard duquel il a eu une attitude blessante, est lui aussi redevable de surcroît de ces aliments. Mais, dans les faits, celui qui se trouve dans cette situation avait déjà des relations avec l'enfant, et a pu donc déjà s'acquitter de certains devoirs d'entretien à son égard³⁵⁹, ce qui diminue logiquement la somme finale due. Au contraire le père qui vient d'être découvert tel peut n'avoir eu aucun contact avec l'enfant, qui n'en est généralement plus un lorsque l'action en justice est menée. La rétroactivité est appliquée sans distinction de bonne ou de mauvaise foi du parent, mais aussi sans modulation possible même lorsque la constatation de paternité advient après plus d'une vingtaine d'année.

Il est alors difficile de ne pas y voir une forme de réparation pour l'enfant, et corrélativement, même une sanction pour le père qui n'a pas assumer *dès l'origine* son devoir. Le seul fait d'ailleurs qu'un auteur³⁶⁰ suggère que cette rétroactivité vindicative pourrait ne se trouver justifiée que dans les cas où le père savait qu'un enfant était né suite à la connaissance charnelle qu'il avait eue de la mère, incite à penser que ce mécanisme se tient au seuil d'une forme de responsabilité pour risque et d'une responsabilité délictuelle classique.

Si, encore, en un droit prospectif, on admettait que la solution puisse consister, pour les juges du fond, en une appréciation plus ou moins favorable du montant des pensions alimentaires dues, selon que le père ignorait ou non l'état dans lequel il avait placé l'enfant, alors le pas serait tout à fait franchi qui fait de cette créance alimentaire une sanction

³⁵⁸ Civ 1^{ère}, 3 décembre 2008, Pourvoi n°07-12.042 ; D. 2009, p.773 ; RTD civ. 2009, p.105, obs. Jean HAUSER. En l'espèce la cour de cassation a cassé une décision d'appel qui visait à limiter les effets de la rétroactivité de l'établissement de la paternité en énonçant qu'il n'était pas établi que le père ait connu son état. Or, en faisant remonter les effets de la rétroactivité à la naissance de l'enfant, les juges de la haute juridiction ont condamné le père à devenir débiteur de plus de vingt ans de créance d'entretien. Si cette espèce est tout à fait édifiante du point de vue de l'ampleur de l'obligation qui échoit au père, elle ne peut en revanche permettre tout à fait la démonstration du caractère punitif d'une telle décision dans la mesure où justement le père ne pouvait être véritablement fautif dès lors que rien ne prouve qu'il ait été au courant de sa paternité...à moins que l'on admette que sa faute réside dans le fait *anormal et objectif* d'avoir permis qu'une situation d'absence paternelle se réalise.

³⁵⁹ Il est des cas d'espèce où le père qui n'était que putatif avant la déclaration de paternité s'était engagé à verser des subsides à l'enfant. Cf. pour la transformation d'une telle obligation naturelle à subsides en une véritable obligation civile, Civ 1^{ère}, 3 octobre 2006, D. 2007, p.1460 ; RTD civ. 2007, p.98 ; AJ Fam, 2006, p.418, obs. CHENEDE.

³⁶⁰ Jean HAUSER, obs. préc. : « Serait-il inconcevable de réserver cette rétroactivité aux cas où le père prétendu était au courant de la naissance et de sa paternité probable auquel cas il a couru consciemment le risque d'une rétroactivité ? Dans le cas contraire n'y aurait-il pas lieu de tempérer cette rétroactivité ? ».

véritable de la faute de celui qui a négligé, en toute connaissance de cause, de s'engager auprès de l'enfant qu'il a engendré.

217. C'est ici que l'analyse se heurte à la question de la nature de cette responsabilité que l'on aura bien voulu admettre au rang des situations desquelles on doit répondre.

La responsabilité serait bien une responsabilité pour faute, dans la mesure où le montant total de la somme dont devrait s'acquitter le parent indexerait ses variations sur un critère subjectif, qui ne pourrait qu'être celui de la connaissance par le père de sa situation. Sa responsabilité serait alors notamment dépendante de l'attitude de la mère à son égard. L'on voit bien ici comment la jurisprudence en matière de responsabilité du père qui se déclare tardivement, ou que l'on pousse à se déclarer par le moyen d'une action en constatation de paternité, accueillerait cette solution, puisqu'elle fait déjà systématiquement référence au comportement de la mère pour trancher³⁶¹. Si cette dernière a tenu à l'écart l'homme dont elle savait qu'il devrait jouer un rôle dans la vie de son enfant, la faute de cette homme n'existe plus, car elle ne consiste pas en une simple abstention, mais en un véritable refus. Une telle manière de définir la faute est la seule qui permette de ne pas tirer de cette responsabilité une obligation d'établir la paternité, mais bien seulement une obligation de reconnaître l'enfant que l'on *connaît* pour sien.

218. Mais d'autre part, il est difficile de ne pas voir dans cette forme dévoyée de condamnation de l'attitude du parent déserteur un avatar de la responsabilité objective pour risque. Puisque la jurisprudence tend plutôt à faire rétroagir l'obligation alimentaire du père au jour de la naissance de l'enfant, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il aurait pu en être informé ou au contraire détourné, le caractère sanctionnateur et indemnitaire de la somme qu'il aura à verser passe pour être rattaché au risque que l'homme aurait couru de devenir père³⁶². Mais alors il ne serait plus utile de

³⁶¹ L'attitude de la mère joue sur la responsabilité du père à l'égard de l'enfant, par exemple lorsqu'elle ne sollicite pas le père : Orléans, ch. de la famille, 22 novembre 2011, n°11/00117. « Bent E.B. agissant ès qualités de représentante légale de sa fille a introduit son action en recherche de paternité alors que l'enfant était âgée de presque 11 ans, et elle n'invoque aucun préjudice spécifique dont l'enfant aurait eu à souffrir depuis sa naissance. (...) Ainsi, compte tenu de l'attitude de la mère au fil des années, aucune faute ne peut être reprochée au père de Sarah ».

³⁶² Notons toutefois, que ce risque a la particularité, que l'on conçoit bien en la matière, de ne pouvoir être garanti par une quelconque assurance, si ce n'est l'abstinence. Pour une application jurisprudence, dont il ne faut cependant pas exagérer la portée théorique, de l'idée selon laquelle l'homme qui consent à une relation

distinguer entre les hommes avertis de leur paternité et ceux qui découvrirait après un certain nombre d'années leur position. Tous auraient pris le même « risque » d'enfanter, et tous tomberaient alors potentiellement sous le joug de l'article 1382 du Code civil, et seraient liés de la même manière par la rétroactivité de leur obligation d'entretien. Cette solution pourrait assurément être jugée inopportune, puisqu'elle ferait fi de la bonne foi.

219. Plus généralement, le choix qui s'offre entre une faute et une erreur, pour fonder cette responsabilité qui ne s'avoue pas, paraît par nature impropre à transcrire les principes d'une responsabilité parentale. Dans cette relation d'engendrement, d'abdication de soi en un autre qui, dialectiquement, actualise le soi, la partition classique de la responsabilité trouve ses limites.

Sa qualification subjective, fautive, ne peut correspondre à l'intime du lien pour lequel le droit détermine avec raison qu'il ne saurait admettre une obligation à établir la filiation dont on se sait créateur. Du moins ne le peut-elle qu'au prix d'une dégradation de sa substance en un critère de connaissance hypocrite. Comment admettre en effet qu'un homme puisse s'unir à une femme sans savoir à quoi cette relation peut aboutir *naturellement* ?³⁶³ Dans cette mesure, et bien que la faute ne puisse alors prendre que la forme d'un *refus de connaître*, il devient clair que ce refus ne se trouve qualifier que lorsqu'en fait il y aura eu un *refus de répondre* aux appels de l'enfant, et de la mère à travers lui. Le cœur de cette responsabilité est touché : celui qui se refuse à répondre est bien, par définition, celui dont on engage la responsabilité, mais ne peut-on aller jusqu'à concevoir la responsabilité de celui qui n'est pas présent, même avant et en dehors des sollicitations qui lui rappellerons son devoir ? Et partant faut-il alors nécessairement faire de cette responsabilité une responsabilité pour risque, et oublier ainsi le principe bien établi dans notre droit selon lequel il n'existe aucune obligation d'établir un lien de filiation ?

220. En cet endroit, le problème prend des allures d'aporie. Mais celle-ci pourrait bien être évitée à la condition de saisir, ou d'essayer de saisir, l'originalité profonde du lien de responsabilité qui unit un père à son enfant. En effet, la responsabilité préexiste à toute quête identitaire de l'enfant ou à toute volonté paternelle, et c'est bien cela

sexuelle non protégée assume le risque de devenir père : Civ 2^{ème}, 12 juillet 2007, Dr. Fam, n°9, Septembre 2007, comm.171 ; RTD civ. 2008, p.91.

³⁶³ Cf. civ. 2^{ème}, 12 juillet 2007, préc.

que traduisent les juges lorsqu'ils décident non seulement bien sûr de faire de la reconnaissance ou de la déclaration de paternité un acte déclaratif et donc rétroactif, mais encore de contraindre le père à assumer ses obligations pour le passé. Certes, il serait possible de relever que ce dernier point n'est que la conséquence logique et nécessaire du premier.

Mais cela serait nier que les effets de la rétroactivité se trouvent ailleurs bien souvent tempérés et que s'ils ne le sont pas dans ces situations, c'est par un choix délibéré de nos juridictions. Il faudrait donc reconnaître que tous les éléments sont en place pour accueillir, en matière de responsabilité de celui qui n'établit pas sa paternité, une responsabilité objective. Reste qu'une telle responsabilité est parfois jugée « déresponsabilisante »³⁶⁴, parce qu'elle conduirait à condamner aussi durement celui qui choisit d'ignorer le lien légal qui l'unit à l'enfant que celui qui ignore en toute bonne foi sa condition, encore qu'il faille alors pouvoir déterminer ce que peut être l'ignorance en toute bonne foi d'une conséquence naturelle possible d'une relation physique.

221. Cela ne peut être sans évoquer le principe même de l'action à fins de subsides qui permet effectivement d'imposer une obligation alimentaire à l'homme qui prend le risque d'être le père. Ces subsides correspondent bien à une forme de responsabilité particulière, dans laquelle l'affect ne peut certes être perçu dans le comportement de l'auteur, mais peut en revanche être examiné dans les conséquences que l'absence de père sont supposées avoir sur l'enfant.

II. L'UTILISATION SANCTIONNATRICE DE L'ACTION A FINS DE SUBSIDES

222. Un auteur³⁶⁵ a pu dire que l'action à fins de subsides avait pour fonction de réparer le préjudice causé à un enfant privé de filiation paternelle par celui qui a pris le risque de l'engendrer. Quoique cette action ne vise pas à établir la filiation, et que

³⁶⁴ Notamment Hervé LECUYER, « Une responsabilité déresponsabilisante », in Dr. Fam, mars 1997.

³⁶⁵ Philippe LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 9^{ème} édition, Paris, 2012, §6740 et s.

l'homme débiteur des subsides ne soit qu'un père putatif, elle est néanmoins utilisée d'une manière tout à fait comparable à la responsabilité civile délictuelle lorsqu'elle permet de sanctionner l'homme qui ne fait pas établir le lien de filiation qui l'unit à son enfant.

Si, pour celui qui est de manière certaine le père de l'enfant, le constat de l'application stricte de la rétroactivité de ses obligations d'entretien à l'égard de l'enfant qu'il avait pris le risque de concevoir, en vertu d'un avatar de la responsabilité civile, a été fait, il faut bien admettre que celui qui peut être le père a pris strictement le même risque³⁶⁶.

223. Il est vrai néanmoins que, **contrairement à une véritable responsabilité, d'abord le jugement imposant le versement de subsides est constitutif, et** qu'ensuite, consécutivement à ce caractère constitutif, **ces subsides ne peuvent être dus pour le passé.** Cela implique que dans cette hypothèse, le versement des subsides ne peut que prendre la forme d'une pension. Tandis que lorsque les juges font jouer à plein la rétroactivité de la déclaration de paternité, l'homme dont on peut fonder la faute que dans le risque de paternité devra verser en un capital la totalité des aliments dus depuis la naissance de l'enfant, ce qui contribue au rapprochement de ce mécanisme avec ceux de la responsabilité civile, ils ne peuvent qu'attribuer une pension à l'enfant créancier de subsides³⁶⁷.

Le fait que les subsides soient également liés dans l'évaluation de leur montant, aux besoins de l'enfant, ainsi qu'aux ressources et à la situation familiale du débiteur ne peut non plus être ignoré pour fonder la particularité de l'action à fins de subsides par rapport à une action en responsabilité³⁶⁸.

224. Toutefois, d'autres éléments peuvent jouer en faveur d'une comparaison entre l'action à fins de subsides et les formes de la responsabilité civile s'exerçant dans la famille. Des éléments techniques d'abord, puisque cette action à fins de subside est bien ouverte à tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, contre l'homme qui est potentiellement son père³⁶⁹. ce dernier peut se défendre en prouvant qu'il ne saurait être le véritable de l'enfant ou bien il peut se voir décharger de son obligation lorsque l'enfant voit sa

³⁶⁶ Paris, 27 septembre 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, doct. 285, note J. VIATTE.

³⁶⁷ Dans les avatars de la responsabilité au sein du couple, la prestation compensatoire par exemple est versée par principe sous la forme d'un capital. Les subsides font figures d'exception dans cette catégorie des « compensations » prévues par le droit en dehors des hypothèses de la responsabilité civile. Cf. *supra*.

³⁶⁸ Art. 342-2 C.civ.

³⁶⁹ Art 342, al. 1er C.civ

filiation finalement établie par un autre³⁷⁰. Ces règles relèvent directement du caractère parfaitement singulier de l'action à fins de subsides dans notre droit, qui oblige un individu à partir de ce qui n'est qu'une présomption de paternité. Si, comme cela vient d'être vu, il est impossible actuellement de rendre la reconnaissance d'enfant obligatoire et automatique, et si cette impossibilité est –mal– fondée sur la nature personnelle du lien ainsi créé, ce mécanisme est expressément destiné à ne pas permettre que celui qui pourrait être le père se décharge de la totalité de ses devoirs à l'égard de l'enfant.

Cet objectif de l'action à fins de subsides est sensiblement observable dans les situations de filiations incestueuses, dont l'établissement est prohibé par la loi, ou encore lorsque l'établissement de la filiation pourrait s'avérer néfaste pour l'enfant et, ou, pour la mère³⁷¹. Les subsides permettent alors de condamner le père que l'on ne peut pas admettre comme tel en droit à participer à l'entretien l'enfant. Cette action devient alors de façon plus évidente une manière indirecte de sanctionner l'attitude du père, tout en assurant à l'enfant les moyens de sa subsistance.

Même en dehors de ces situations « limites », l'action à fins de subsides ne s'explique en son principe que comme la contre partie de celui qui a pris le risque de devenir père.

225. Reste que cette dénomination de « risque de paternité » est profondément insatisfaisante, d'autant plus peut-être qu'elle n'est pas creuse, mais représente la position actuelle du droit sur ce sujet. L'idée d'un risque en effet, fait de la responsabilité une responsabilité que l'on a pris l'habitude de nommer « sans faute », qui serait objective et automatique, et qui s'abattraient aveuglément sur celui qui devra répondre, si ce n'est de ses actes, lesquels supposent une volonté successive, qui s'appliquerait aux causes et à au moins une partie de leurs effets, mais plutôt d'une circonstance dans laquelle il se serait trouvé plongé par « hasard ». A l'image de ce qu'il advient dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, il faudrait alors dire que c'est l'ensemble des relations de responsabilité nouées entre les parents et les enfants qui tendraient à devenir objectivement perçues. Il est vrai que dans le cas d'un engagement de la responsabilité d'un père, ou plus rarement d'une

³⁷⁰ Respectivement, 342-4 et 342-8 C.civ.

³⁷¹ C'est notamment le cas lorsque l'enfant est issu d'un viol. Il est alors bien évident que la mère ne souhaitera pas voir la filiation de son enfant légalement établie, et que d'ailleurs l'intérêt de l'enfant ne commande très certainement pas que cela soit. Voir Isabelle ARDEEFF., « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, p. 39 à 42.

mère, pour refus d'établissement de la filiation, il existait un certains nombres de conditions subjectives, renvoyant à la faute comme arrière-plan³⁷².

Néanmoins, ces fautes, d'abord, ne sont recherchées que lorsque le mécanisme de sanction envisagé est bien explicitement la responsabilité civile. Ensuite, même lorsque l'on recherche la faute, elle paraît être une forme d'aggravation du fait générateur premier, qui demeure bien dans le fait de ne pas assumer ses responsabilités. Le cœur de cette forme de responsabilité palpite dans la rencontre effective, ou au moins dans la connaissance qui existe entre l'enfant et son parent putatif. Sans dénier maintenant l'importance de ce critère, l'on pourrait remarquer que, dès lors que le parent est connu et attendu, il devrait prendre sa place dans la vie de son enfant, quand bien même cette place se résumerait-elle apparemment à un appui financier. *Le parent qui n'est plus un anonyme pour son enfant, et qui est donc devenu pour lui un objet et un sujet d'affection, serait automatiquement responsable.*

226. On voit par là que l'élément affectif, conçu au travers d'une situation, est seul capable d'expliquer la dynamique empruntée par le droit de la responsabilité en la matière. Il est le seul à pouvoir mettre en lumière le mouvement par lequel la responsabilité du parent qui n'établit pas sa filiation peut être objective, tout en reposant sur une conjoncture concrète. Les automatismes dans lesquels cette responsabilité s'installe reposent sur une vérité affective.

227. Il apparaît ainsi que dans les rapports entre époux comme dans ceux entre consanguins, ou même avec les subsides, entre consanguins potentiels, l'affection intervient implicitement dans les fondements des règles relatives à des formes de responsabilité. Il se dessine en creux, par le fait d'abord qu'une logique de responsabilité joue sans que les règles générales de la responsabilité ne soient appliquées, comme si la singularité du lien qui unissait les personnes s'opposait à ce que ces dernières puissent être retenues sans adaptation. Mais ensuite, les contours de l'élément affectif qui intervient dans ces logiques de responsabilité se dessinent également en négatif par le fait que, dans les situations qui viennent d'être analysées, la norme s'impose malgré cette singularité du lien. En hiérarchisant, la règle de droit qui l'impose reconnaît implicitement qu'il existe là une masse, à laquelle elle doit s'imposer, et qui est donc pourvu d'une certaine densité.

³⁷² Cf. *infra* p. 174 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

228. Le nombre de ces situations, dans lesquelles la responsabilité est effectivement exclue, ou bien au contraire ressurgit de là où elle était *a priori* exclue, peut ne pas étonner si l'on observe autrement l'obligation qui la fonde. En effet, en dehors du sens précis qu'elle recouvre en droit d'être un *vinculum iuris*³⁷³ renvoyant soit à la force obligatoire de son contenant, soit à son contenu obligationnel³⁷⁴, l'obligation peut manifester dans un sens plus classique³⁷⁵ une situation dans laquelle chacun s'oblige, non pas réciproquement, mais mutuellement. Cela signifie qu'en son sens premier, quoique moins spécifiquement juridique, l'obligation lie concrètement des personnes qui sont en présence l'une de l'autre, et qui, relativement l'une à l'autre, partagent leur liberté. La responsabilité dès lors, si elle ne porte pas son nom, a bien vocation à régir les situations dans lesquelles les proches se sont obligés mutuellement, non en raison de l'engagement de l'autre, mais en raison de leur seule existence commune et libre. Cette même idée peut expliquer aussi bien les cas dans lesquels la responsabilité est écartée par l'affect que ceux dans lesquels la responsabilité s'impose sous d'autres formes aux lacunes qu'elle condamne dans l'affect familial.

Il en va ainsi au fond même lorsque le Code civil organise des cas de dispense en les motivant sur des manquements à des obligations qu'il qualifie de réciproques. En effet, même en de telles hypothèses, force est d'admettre que le critère, jouant partout dans la

³⁷³ JUSTINIEN donne cette définition dans ses *Institutes* (3, 13) : « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* » (« L'obligation est un lien de droit, par lequel nous sommes contraints à la nécessité de payer la prestation due vis-à-vis de quelqu'un selon le droit de notre cité »)

³⁷⁴ On peut trouver une présentation très claire et synthétique de ces deux aspects de l'obligation juridique dans un article de Muriel FABRE-MAGNAN, « De l'obligation en droit », in *Conférence*, n°19, automne 2004, p.23 à 56.

³⁷⁵ C'est le sens aristotélicien de l'obligation. Ici, la *philia*, et non la volonté, fonde l'obligation qui n'existe qu'entre personnes concrètes. Ainsi ARISTOTE dit-il dans son *Ethique à Nicomaque* que l'obligation (*to deon*) « c'est de faire ce qu'il faut, quand il le faut, envers les personnes envers lesquelles il le faut, pour la fin pour laquelle il le faut, comme il le faut », II, 5, 1106, b21-24. On peut aussi penser, comme l'a fait Muriel FABRE-MAGNAN (op.cit.), à la conception japonaise de l'obligation, et plus particulièrement à la conception japonaise de l'obligation contractuelle, dont l'exécution n'est pas une fin en soi mais un moyen d'entretenir un lien entre les personnes. Dans cette vue, il est par exemple inconcevable d'exiger devant un tribunal l'exécution de l'obligation, puisqu'une telle action en justice aurait pour effet de briser pour l'avenir le lien de confiance et de loyauté que l'on avait établi. Sur ce point, voir Eiichi HOSHINO, « L'évolution du droit des contrats au Japon » et Yosiyuki NODA, « La conception du contrat des Japonais », in *Etudes de droit japonais*, Centre français de droit comparé, Société de législation comparée, Paris, 1989, p. 403 à 425 et p. 391 à 401.

responsabilité familiale, de la gravité contribue à introduire en fait un écran entre le non respect d'une obligation, même qualifiée de réciproque, et la dispense dont bénéficie l'autre.

En premier lieu, la dispense ne porte pratiquement jamais sur l'obligation qui a fait l'objet d'un manquement par l'autre membre de la famille contre lequel on l'invoque.

En second lieu, les manquements qui justifient la dispense doivent toujours revêtir une gravité particulière, appréciée par le juge, et ne sont donc à aucun moment regardés comme un élément arithmétiquement mesurable dont l'absence renverrait automatiquement à une abstention égale.

229. L'affect est ainsi impliqué dans la responsabilité familiale, non seulement comme potentialité, mais encore actuellement, parce qu'il s'articule à elle, même lorsque le droit lui-même paraît l'ignorer.

CONCLUSION DU TITRE I

230. Au terme de ce premier jalon de la recherche de la présence de l'affect dans la responsabilité familiale, il est devenu clair que la responsabilité d'abord n'est pas d'abord inconciliable avec lui, à condition de la définir sans simplification abusive. Tant en son principe, que dans les manifestations mêmes d'une apparente incompatibilité de ces deux concepts, la responsabilité compose en fait déjà avec l'élément affectif qui est bien impliqué dans les situations familiales qu'elle a à connaître.

Quoique l'on ait pu envisager aux premiers abords de l'inexistence juridique de ce nouvel objet, il s'avère à l'étude qu'il agit non seulement en principe sur les théories actuelles de la responsabilité, mais encore qu'il pèse d'un poids non négligeable sur les façons dont le droit civil ou pénal régit les conflits familiaux.

231. Il faut pourtant pour l'heure nuancer ce propos, puisque certes l'élément affectif intervient dans des liens de responsabilité, mais sans que l'on puisse pourtant l'observer dans un contact direct avec elle. En clair, il a pu être démontré, ce qui peut-être n'était pas déjà une évidence, que l'affect est un objet légitime du droit qui peut dialoguer avec une logique rétributive et même sanctionnatrice. Mais ce n'est là qu'une partie du chemin qu'il faut parcourir pour montrer que la responsabilité elle-même, et non seulement des moyens analogues, est concernée par l'affect lorsqu'elle intervient dans le champ familial.

Car après tout, si l'on s'en tient à ce que sur le chemin des heurts qui opposent les membres d'une même famille on peut se trouver en présence d'un avatar de la responsabilité, cela pourrait tout aussi bien prouver justement que la responsabilité pleine et entière est chassée par une affection familiale trop prégnante. Si justement il est nécessaire de passer par un mécanisme analogue à la responsabilité, mais qui précisément n'est pas identique à elle, pour trouver un point de rencontre entre elle et l'élément affectif, alors c'est l'échec de l'hypothèse soutenue qui aurait été démontrée bien plus que sa validité de principe.

232. C'est la raison pour laquelle il est à présent nécessaire de plonger entièrement dans le système positif de la responsabilité, afin de déterminer si l'affect intervient significativement lorsque la famille est en jeu.

TITRE 2. EFFICIENCE DE L'AFFECT

DANS LA RESPONSABILITE FAMILIALE

233. L'élément affectif, loin de mettre en échec tout processus de responsabilité dans la famille, peut au contraire en expliquer les mécanismes. Dans la mesure où il préexiste toujours à la possibilité même de la responsabilité, puisque cette dernière n'émerge que dans une situation familiale donnée en des formes qui sont alors spécifiques, l'élément affectif peut être regardé comme une cause de la responsabilité.

Dans cette relation causale observée entre l'affect, que l'on présume, et la responsabilité, naissent deux types de rapports, correspondant à deux des quatre formes de causalité qu'avait identifié Aristote³⁷⁶.

234. D'une part, l'affection est une cause finale de la responsabilité familiale. En ce sens, elle est ce pour quoi deux personnes sont conduites à prendre un engagement, marquant en droit la constitution d'un lien conjugal ou filial.

La responsabilité, au plan conceptuel, dont il s'agit alors se rapprocherait sans doute de celle qu'avait mise en lumière Michel Villey³⁷⁷, mettant en rapport la responsabilité et l'idée d'une caution apportée pour l'avenir, qui emporte *a priori* une certaine confiance accordée à la personne pour laquelle on s'engage.

Or, il est frappant qu'être responsable d'un membre de sa famille se présente bien comme une obligation de répondre pour ses actes futurs, ce qui n'implique ni l'idée d'une faute juridique, ni même celle d'un fait de l'assujetti, bien que l'on puisse constater en certains cas

³⁷⁶ Jacques FOLLON J., « Réflexions sur la théorie aristotélicienne des quatre causes », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 86, n°71, 1988, pp. 317-353, consulté sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0035-3841_1988_num_86_71_6508 ; ARISTOTE, *Métaphysique*, (Duminil, Jaulin trad.), Paris, Flammarion, 2008, A, 3, 983 a.

³⁷⁷ Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité*, A.P.D, Tome 22, La responsabilité, 1977, p. 45 à 58. Le terme *sponsio* signifiait « l'idée de se tenir garant du cours d'événements à venir Il faut préciser que dans cet article, c'est l'étymologie du mot qui est mise en valeur, d'abord dans une visée purement juridique, puis dans une comparaison entre le juridique et le moral. Si bien sûr l'étymologie ne saurait épuiser le sens d'une notion aussi complexe que celle de responsabilité, elle semble pourtant apte à éclairer en partie au moins la responsabilité qui se déploie ici pour l'avenir.

une faute morale. La preuve en est que la naissance de la responsabilité qui lie par exemple chacun des époux à l'autre ou, de façon plus évidente encore, les parents à leurs enfants, est concomitante à celle du statut d'époux ou de parents, avant même qu'un dommage ait pu matériellement survenir. C'est en ces termes aussi qu'Hans Jonas, avait travaillé sur la responsabilité³⁷⁸.

En outre, le travail du professeur Villey permet une plus juste compréhension des évolutions de la responsabilité juridique, parée de certains atours issus de la morale, qui ne sont paradoxalement pas non plus étrangers à la famille. Remarquer en effet que la faute n'est pas essentielle à la responsabilité civile familiale ne suffit pas à exclure ici toute incursion de la morale qui trouve d'autres voies pour intervenir³⁷⁹.

235. Le rôle de cause finale qu'endosse ici l'élément affectif n'est pas sans danger, dans la mesure où la tentation de réduire la cause finalité à une finalité abstraite marque de façon assez sensible certaines évolutions de notre droit positif. L'élément affectif est en effet facilement dévoyé, pour ne plus être compris comme l'élément en vertu duquel l'engagement prend un sens, mais comme un but détaché des personnes qu'il vise. Oubliant que l'affection est toujours l'affection « d'un quelqu'un », le droit, notamment dans le couple, fait de l'affect une fin « en soi », qui pourrait être poursuivie abstraitement.

Ce mouvement du droit de la responsabilité familiale, qui conduit à sa propre déliquescence, est néanmoins entravé par une forme de résistance du fait familial.

236. D'autre part, l'affection apparaît également comme une cause matérielle de la responsabilité familiale, en ce qu'elle l'informe selon la diversité de ses situations. Les critères, par lesquels la responsabilité est reconnue lorsque l'engagement qu'avaient pris les membres de la famille l'un envers l'autre est rompu, sont dépendants des manifestations de l'élément affectif.

³⁷⁸ Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, Champs, Flammarion, 1979, 424 p. Le sentiment de responsabilité apparaît chez cet auteur comme la réponse à l'appel du bien moral qui est transmis par l'intellection. Outre le phénomène selon lequel l'affect devient alors actif, car seul capable d'ébranler notre vouloir, la responsabilité correspond bien ici à la fois à un engagement pour l'avenir, pour la réalisation d'une valeur, et à une réponse pour le passé. Ces deux versants de la responsabilité sont inextricablement liés.

³⁷⁹ Ainsi le philosophe du droit tire-t-il toutes les conséquences de la définition donnée par le dictionnaire Lalande du mot « responsabilité » : La responsabilité y est définie comme la « situation d'un agent conscient à l'égard des actes qu'il a réellement voulu ». (André LALANDE, « Responsabilité », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13^{ème} éd, Presses Universitaires de France, Paris, 1980). Michel VILLEY peut ainsi remarquer que ce n'est plus alors le langage du droit qui est employé mais bien celui de la morale, plus précisément d'une morale laïque, dès lors que la responsabilité a été peu à peu conditionnée par la conscience et par la volonté de l'auteur. (*ibidem*, p. 54)

La responsabilité est sous cet angle la réponse qui est due. Il ne s'agit plus d'expliquer un engagement pour l'avenir, mais bien plutôt de moduler les formes de réponses pour le passé. La fidélité à ses engagements est alors la valeur sur laquelle repose finalement une large part des interventions du droit de la responsabilité³⁸⁰.

Si l'élément affectif était, en tant que cause finale, porteur d'une valeur que le droit de la responsabilité accréditait, c'est bien cette fois-ci le droit de la responsabilité qui joue son rôle normatif pour déterminer des situations dans lesquelles il sanctionne les comportements familiaux. En effet, en causant matériellement la responsabilité familiale, l'élément affectif se dédouble en quelque sorte, pour devenir d'une part la matière première à partir de laquelle la responsabilité naît, et la valeur, la norme, à l'aune de laquelle la responsabilité condamne ou répare.

237. Dans ce rôle aussi, un danger existe, et qui consiste à la détermination d'une normalité supplantant la normativité. et qui consiste à la détermination d'une normalité supplantant la normativité. La façon dont sont généralement liés les emplois de l'article 1382 du Code civil et l'admission de nouveaux droits subjectifs, masquant une norme dont le contenu demeure sous-jacent, pose un problème propre aux relations familiales. Les rapports humains qui sont les supports de la responsabilité sont alors intimes, et ne peuvent s'accorder sans discussion à l'idée d'une normalité ou d'une conformité.

238. L'élément affectif est bien, sous chacun de ces rapports, premier et à ce titre moteur de la responsabilité dans la famille, non plus seulement de façon implicite, mais directement. Il est une cause finale de l'engagement dans lequel les personnes s'avancent dans le couple ou dans la filiation (Chapitre1), ou bien une cause matérielle de la responsabilité familiale lorsqu'elle prend sa forme classique de réponse à un dommage causé (Chapitre 2).

³⁸⁰ Voir sur ce thème au niveau du droit positif pur, la thèse de Sonia BEN HADJ YAHIA, (dir.) Bernard BEIGNIER, *La fidélité et le droit*, Université des sciences sociales de Toulouse, 2005. Dans une étude plus large de cette question de la fidélité rattachée à l'engagement et à une forme de loyalisme, il faut aussi citer le travail de Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Bibliothèque de Philosophie du droit, vol. XXV, L.G.D.J, Paris, 1982, 282 p. La seconde partie de son travail comporte des développements sur ce point.

Chapitre 1. LA RESPONSABILITE FAMILIALE COMME ENGAGEMENT

239. La famille advient certainement en droit lorsque l'affection se manifeste en un engagement juridiquement saisissable, reposant sur un lien conjugal ou sur un lien de filiation. La responsabilité qui existe alors, et qui a d'ailleurs le pouvoir de donner à ces liens qui n'ont pas besoin d'elle pour exister une reconnaissance sociale, semble œuvrer d'une façon spécifique.

Or, cette singularité de la responsabilité familiale ne se comprend qu'au regard de l'élément affectif sur lequel elle se construit. En effet, les sentiments d'affection qui unissent deux personnes dans un couple, ou dans la parenté, s'actualisent par le moyen d'un engagement mutuel qui *est déjà* une responsabilité que le droit peut saisir. Au sens où cet engagement renvoie alors à un état des personnes, le droit, ni une convention ne peut en avoir la maîtrise et il s'agit simplement pour lui de lui donner une forme qu'il perçoive et à laquelle il attache des effets, notamment de responsabilité.

240. Ce phénomène s'observe d'abord dans les relations conjugales dans la stricte mesure où la responsabilité s'y exprime selon des modalités originales.

Bien que le droit civil actuel se trouve questionné à l'heure où le couple semble devenir la catégorie à envisager de manière homogène, et où pourtant les situations concrètes semblent résister assez farouchement à une telle réduction de leurs multiplicités³⁸¹, il devrait être possible de conserver pour le mariage sa valeur de modèle. En effet, l'étude de la responsabilité qui intervient dans l'hymen semble être à même de révéler ce qui sous-tend

³⁸¹ Entre l'éclatement des statuts du couple et les risques d'injustice qui peuvent en découler, et la dénonciation d'une assimilation trop radicale entre des situations fondamentalement différentes, il serait possible de citer par exemple un article de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », in Revue Trimestrielle de Droit Civil, n°2, avril-juin 1995, Paris, p. 249 à 270. L'auteur note que « Le couple est reconnu explicitement par la loi, mais ses caractéristiques sont idéologisées. Les unions libres sont assimilées aux mariages, et la réalité des dissociations est niée. En résultent à la fois des règles en porte à faux par rapport à la réalité, et un rejet dans le non-droit des familles non conformes au modèle du couple » Il faut remarquer que bien que cette analyse intervienne avant la création du Pacte Civil de Solidarité, la réflexion menée sur ces « mythes » conserve sa valeur, d'autant que les écrits postérieurs de Madame Dekeuwer-Defossez confirment toujours ces vues. Ses idées sont à mettre en relation avec celles développées par Jean HAUSER, d'ailleurs cité par elle, notamment dans un article intitulé « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle, in Mélanges Huet-Weiller, PUS, L.G.D.J, 1994, p.235 à 242.

et ce qu'implique ses mécanismes, même dans les autres formes d'union qui, dans leur principe, ne sont que des genres de l'affect qui unit deux personnes moins institutionnalisés et dont le prototype est bien *l'affectio matrimonii*³⁸².

241. Des problématiques similaires sont souvent soulevées à l'endroit des modes de « parentalité », dès lors que la création d'un lien de parenté peut excéder, ou même dans certains cas se substituer à la vérité biologique. Le cas de l'adoption est connu depuis toujours, mais il est plus récent de s'interroger sur la place que l'on pourrait laisser aux beaux-parents lorsque les familles sont « recomposées », ou encore sur celle des grands-parents d'un enfant né sous X³⁸³, ou bien encore sur celle de la personne qui aura fourni le matériel génétique nécessaire à la conception d'un bébé, et qui sera partant lié biologiquement mais non socialement.

C'est pourquoi nombreux sont aujourd'hui les auteurs qui font le constat d'une réelle pluralité en matière de filiation et de parentalité, dont il faudrait craindre de nouveaux assouplissements³⁸⁴.

242. Pour chacun de ces liens familiaux, l'affect apparaît comme une cause qui fonde l'engagement. Cette cause finale n'est pas une finalité, et il faut ici récuser les réductions opérées par Descartes³⁸⁵ dans sa réception d'Aristote. La cause finale n'est pas

³⁸² Il est utile de préciser en note les parallèles ou les distinguos qui seront à faire entre le mariage et le Pacte civil de solidarité ou le concubinage, qui ne vont bien sûr pas sans poser de multiples questionnements que l'on ne saurait évincer complètement. Toutefois, il apparaît bien que pour une étude visant aussi bien les aspects techniques que des points de philosophie du droit concernant la responsabilité, et sans prétention à l'exhaustivité, qui est à l'œuvre dans le couple, le mariage soit un point d'analyse suffisant. En tant que modèle d'union, il demeure puissant, quoique l'on note depuis longtemps maintenant qu'il n'existe plus aucun monopole de cette institution. Son hégémonie, au sens d'une domination à laquelle on souhaite se soumettre, est prégnante dans le champ de la responsabilité dès lors que les imperfections du PACS sont corrigées, lorsqu'elles le peuvent, par un calque de plus en plus net sur les possibilités offertes aux personnes mariées. Il en va pratiquement de même pour les concubinages qui peuvent obtenir la protection de certains mécanismes de responsabilité civile lorsqu'ils sont jugés stables, et qu'en d'autres termes ils sont considérés comme des « mariages de fait ».

³⁸³ Sur cette question, il faut citer une affaire récente : CA Angers, 1^{ère} Ch. B, 26 janvier 2011, note Adeline GOUTTENOIRE, « La victoire à la Pyrrhus des grands parents biologiques... », in JCP. G, n°7, 14 février 2011. Dans cette décision, le juge confie aux grands-parents la garde d'une petite fille née sous X. Cependant, ce cas s'explique par des circonstances de fait assez exceptionnelles dans la mesure où la mère de la petite fille avait tenu ses propres parents informés de sa grossesse, et leur avait permis de rencontrer la fillette à la maternité. La règle demeure celle posée par la C.Cass, 1^{ère} civ, 8 juillet 2009, et selon laquelle les grands-parents n'ont ni intérêt ni qualité pour agir. Mais sur ce point, c'est le plus souvent la place laissée au père qui devra être questionnée : comme dans la célèbre affaire « Benjamin », C.Cass, 1^{ère} civ, 7 avril 2006, Bull. 2006, n° 195, P. 171.

³⁸⁴ Dominique FENOUILLET s'interroge : « Au pluralisme consacré dans la parenté-filiation (filiation, adoption, filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation), faudra-t-il demain ajouter le pluralisme de la parenté-prise en charge de l'enfant, ce qu'un néologisme appelle « la parentalité »? », article précité, p.7.

³⁸⁵ René DESCARTES, *Principes de la philosophie. Première partie*, Claude Picot (trad.), Paris, Vrin, 2009, [1644], p. 28.

réductible à la fin, alors même que c'est cette réduction qui semble pouvoir expliquer certaines des confusions du droit de la responsabilité familiale.

En effet, la responsabilité ne peut plus exister dans les rapports conjugaux ou parentaux si l'on admet que chacun vise l' « Affection » comme si elle était une valeur abstraite que l'on peut vouloir pour elle-même. La responsabilité n'a de sens, et ne peut proposer de système cohérent, que si elle reconnaît dans l'affect une cause finale, une raison d'être de l'engagement qui ne peut oublier ses moyens. Il y a un quelque'un que l'on affectionne.

243. Quoique cette tendance à la confusion de la cause finale et d'une fin abstraite soit sensible, il faut relever que les faits résistent. **Empiriquement, la responsabilité familiale se construit**, sous l'impulsion du juge, **comme un engagement concret**. Mais encore, elle se construit en respectant une forme de valeur immanente de l'affect, qui le rend pratiquement constitutif de la relation familial. Il faut néanmoins de ce point de vue distinguer le couple d'une part, de la filiation d'autre part, dans la mesure où cette partition se trouve correspondre à différentes attitudes du droit face à l'élément affectif qui le cause³⁸⁶.

En effet, si le risque d'absolutisation paraît relativement actuel en matière de relations conjugales, quoiqu'il ne semble pas pouvoir l'emporter tout à fait (Section 1), il s'impose avec moins de véhémence au domaine des relations filiales, qui semblent mieux protégées contre ce phénomène (Section 2).

³⁸⁶ L'idée de regarder la responsabilité comme tournée vers l'avenir n'est pas propre aux relations affectives de la famille, mais est plutôt corrélatrice à un mouvement global d'évolution du droit de la responsabilité, comme en atteste par exemple Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, Lonrai, 2013, p. 511 et s. Ce qui est propre à la famille en revanche c'est le sens que prend cette responsabilité tournée vers l'avenir.

Section I. L'engagement conjugal troublé par un élément affectif abstraitement observé

244. Si l'élément affectif sert effectivement de point de référence inévitable dans la construction d'un régime de la responsabilité apte à s'appliquer dans la famille, **il faut pour autant se garder d'en faire une fin « autonome », qui supplanterait les rapports humains dont il est issu, pour en faire un absolu abstrait.** C'est un risque que court la relation conjugale lorsque le mariage devient une revendication, en tant que forme d'union qui serait pratiquement « symboliquement » le socle de la famille³⁸⁷. Néanmoins, ce constat n'interdit pas l'essai d'une définition du couple en tant qu'entité juridique à part entière, essai qui a d'ailleurs déjà été concrétisé par certains auteurs³⁸⁸, mais non par le prisme spécifique de la responsabilité.

Or, la responsabilité apparaît en plusieurs points comme un concept central pour définir le couple, d'autant que ses interactions avec l'élément affectif forment sa singulière application. L'hypothèse suivante peut alors être formulée : l'essence du couple, que l'on se doit de déterminer étant donné les difficultés actuelles du droit de la famille, et qui se distingue plus nettement dans le mariage, doit être recherchée dans la forme de la responsabilité ici liée à l'affect qui existe entre les deux membres d'une société conjugale.

245. A travers les différentes positions adoptées sur le fondement du droit du couple, **c'est toujours un débat sur le subjectivisme, tel qu'il est d'ailleurs particulièrement représenté en France, qui est sous-jacent.** S'il est *a priori* rejeté par les tenants de la thèse institutionnelle du couple, le subjectivisme dans son aspect le plus purement volontariste triomphe clairement dans les visions contractuelles ou même quasi-

³⁸⁷ Cf. les concubinages qui ne sont pris en compte par le droit que lorsque leur stabilité et avérée et celle-ci est souvent jaugée aux enfants qui sont issus de ce couple. Historiquement aussi, on pourrait remarquer que la pratique, certes marginale, de l'*abjuration sub pena nubendi*, au XII^{ème} siècle par le droit canonique était une peine obligeant certains concubins à se marier s'ils continuaient à se fréquenter. Sur ce point, cf. l'étude de Charlotte CHRISTENSEN-NUGUES, « Mariage consenti et mariage contraint : l'abjuration sub pena nubendi à l'officialité de Cerisy, 1314-1346 », in *Médiévales*, n°40, 2001, Rome des jubilés, p.101 à 111.

³⁸⁸ Cf. l'ouvrage collectif suivant : Clothilde BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Actes du colloque, Economica, Etudes juridiques, Paris, 1999, 154p. La perspective de cet ouvrage est bien de tenter une définition qui permettrait de conceptualiser par la notion de couple toutes les formes d'unions connues par le droit.

contractuelles³⁸⁹. La formation du lien de droit dans le couple, comme le déroulement de la vie commune et sa fin, seraient soumis à l'accord de volonté passé par ceux qui seraient alors des parties, dont l'engagement serait limité à certaines obligations précises³⁹⁰.

Ainsi, plutôt que de reprendre les positions plutôt conventionnelles ou contractuelles ou plutôt institutionnelles³⁹¹, qui sont formulées depuis des décennies, il est possible en fait de les considérer comme dépassées, et de s'en tenir plutôt à l'observation des modifications qui sont apparues dans l'institution du mariage, et que seule la responsabilité permet d'analyser, tandis que l'affect permet d'en comprendre les aboutissants.

246. Le caractère institutionnel du mariage est régulièrement réaffirmé³⁹², comme s'il avait à être protégé des assauts de la contractualisation, peut-être moins violents qu'on ne les imagine, puisque force est bien de constater qu'il est la perception dominante. Ce constat ne doit toutefois pas interdire celui des difficultés auxquelles l'institution est confrontée, dans la mesure où le mariage se rapprocherait d'autres formes d'unions.

Que l'on érige en institutions le PACS ou le concubinage, ou que l'on rapproche le mariage d'un contrat entre consommateurs, les concepts, dont les contenus semblent bien avoir mutés, doivent être redéfinis pour déterminer au moins le type de responsabilité qui sera alors applicable³⁹³.

³⁸⁹ Y compris dans leurs développements les plus récents qui visent à découvrir dans le couple une catégorie du droit au bonheur, comme si le bonheur n'était pas depuis toujours une aspiration bien humaine, ni le désir de partager sa vie avec un autre. Cependant, l'évolution récente tient peut-être à ce que l'union passait pour être une condition d'épanouissement personnel, quand il tendrait plutôt à en devenir le but.

³⁹⁰ Cf. *supra*. p. 135.

³⁹¹ « Les cultures et religions ignorent le « contrat » de mariage et lui préfèrent une « institution » ou un mécanisme « sacramentel » recouvrant l'union d'une double différenciation dans l'être, existentiellement parlant et fuyant naturellement toute homologie possible d'uniformisation générique des personnes. Or, dans leur continuité, toute relation par contrat à l'intérieur du droit s'entend d'une relation, non pas de ressemblance de ses termes, mais de promotion d'une égalité de respect de leur différence », Jean-Marc TRIGEAUD, « La fourchette auto-anthropophage », <http://www.hottopos.com/rih28/43-54Trigeaud.pdf>, p. 50-51. On pourrait aussi établir ici un parallèle intéressant avec le concept de « semblance », connu en littérature, et qui revoit à l'idée qu'une signification véritable peut être visée. La semblance est une représentation juste, vraie.

³⁹² Voir par exemple la thèse d'Elisabeth Paillet soutenue à bordeaux en 1979, Infidélité conjugale et continuité familiale, dans laquelle l'auteur étudie déjà la coexistence de deux conceptions du mariage, l'une contractuelle et l'autre institutionnelle, mais pour constater qu'il existe un réel « contrepoint » du mariage institutionnel, notamment dans la loi de 1972. Aujourd'hui, il faudrait constater avec les défenseurs d'une telle hypothèse que le mariage contractuel semblerait a priori prendre le pas... Il semble cependant que les auteurs restent plus généralement convaincus par le versant institutionnel de l'union conjugale.

³⁹³ On admet souvent que tous les faits n'ont pas à se juridiciser, dès lors que l'absence d'existence juridique d'une situation n'exclut pas son existence pour soi dans le réel, et cela a été particulièrement invoqué pour justifier un rejet dans le monde du « non-droit » de certains couples. La jurisprudence regorge d'exemples à ce propos, notamment lorsqu'elle se trouve confrontée à des problématiques très contemporaines pour lesquelles le manque de courage du législateur la laisse devenir une véritable source du droit. Citons par exemple, le cas de l'adoption simple par une personne homosexuelle de l'enfant de son partenaire au sujet duquel les juges rappellent souvent que les faits n'ont pas nécessairement besoin d'être organisés par le droit. Ainsi, dans une

247. Il n'en reste pas moins qu'il est légitime de s'interroger sur cette validité permanente de la thèse institutionnelle quand l'une des certitudes les plus inébranlable que l'on puisse avoir sur l'union matrimoniale réside justement dans l'idée qu'il consiste en un engagement de deux personnes l'une envers l'autre, et quand précisément il est acquis que l'on oppose au contrat l'institution³⁹⁴. Il existe bien un phénomène de désinstitutionnalisation matérielle de l'engagement marital (Sous-section 1).

Ensuite, si la société conjugale est bien une institution, la question se pose de savoir comment la singulariser par rapport à d'autres institutions, comme les institutions étatiques par exemple, sans retomber dans les écueils galvaudés de la volonté comme critère identifiant. Une institutionnalisation formelle de l'union conjugale persiste, et signe peut-être la fin de la singularité du mariage (Sous-section 2)

Sous-section I. LA DESINSTITUTIONNALISATION MATERIELLE DE L'ENGAGEMENT MARITAL

248. Les devoirs conjugaux sont certes posés par l'article 212 du Code civil, et ne peuvent pas être écartés par les époux qui engagent leur responsabilité en ne les respectant pas. De ce que leurs obligations mutuelles sont fixées par un statut légal, il est simple, *a priori*, de déduire que le mariage est donc une institution.

Toutefois, ce point ne peut expliquer complètement la valeur institutionnelle du mariage, d'autant qu'il se trouve parfois assoupli par la jurisprudence (Paragraphe 1). Le

décision Conseil Constitutionnel, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC : JO 7 octobre 2010, p. 18154, rendue à propos de la constitutionnalité de l'article 365 du Code Civil qui sert de fondement au refus d'une telle adoption, peut-on lire : « que, toutefois, cette disposition ne fait aucunement obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix ; qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce que ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; (...) ». Voir à ce propos la note de François CHÉNEDÉ, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », Recueil Dalloz, 25 novembre 2010, n°41, p. 2744 à 2749.

³⁹⁴ Il est notable que la doctrine relève assez généralement un recul de l'intervention étatique dans le mariage ainsi que de l'ordre public, corrélativement à une importance croissante des volontés individuelles, tout en continuant d'affirmer que le mariage demeure principalement une institution.

critère de la stabilité de l'union conjugale³⁹⁵ est notamment mis en avant pour accréditer la thèse institutionnelle, sans toutefois pouvoir non plus la légitimer complètement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Désinstitutionnalisation relative des devoirs des époux

249. Il faut remarquer que le statut des conjoints relève du même champ de certitude que l'idée d'un engagement mutuel. En effet, la détermination *in abstracto* des droits et des devoirs de chacun des époux, ainsi que leur indisponibilité sont le ciment de toute argumentation visant à défendre la *priorité* du caractère institutionnel du mariage sur son aspect contractuel.

Le mariage réclame bien une adhésion à un certain nombre de règles qui ne sont pas susceptibles d'être aménagées par les époux parce qu'elles relèvent de l'ordre public³⁹⁶. Il est à ce propos capital de faire valoir encore que si des aménagements s'avèrent éventuellement possibles *a posteriori* lorsque le juge prononce la dissolution du mariage, de tels assouplissements sont parfaitement inimaginables au moment où les époux acceptent de partager leur vie, sans quoi l'acte même de se marier perdrait tout son sens³⁹⁷.

250. Néanmoins, en continuant de suivre ce chemin de l'institution, la question du sens d'une telle appartenance de mariage à des considérations d'ordre public affleure d'une manière plus pressante. L'insuffisance des réponses qui font du mariage une

³⁹⁵ Pour une application jurisprudentielle du critère de l'existence d'une communauté de vie affective dans le couple, voir Orléans, 29 avril 2008, n°07/02120.

³⁹⁶ Bien que cet aspect ne fasse pas l'objet ici d'un développement à part entière, le rôle que joue le mariage dans la transmission des patrimoines est souvent mis en avant comme enjeu social majeur initiant une forte intervention étatique en la matière. Il faudrait remarquer que ce rôle du mariage comme moyen d'organiser au mieux la succession, est reconnu historiquement au point qu'il est prédominant pour certains auteurs, comme par exemple pour un anthropologue comme Jack GOODY dans son ouvrage consacré à *L'évolution du mariage et de la famille en Europe*, paru en 1985, Préface de Georges DUBY, Paris, Armand Colin, 303 p. A propos de cet ouvrage, Geneviève BÜHRER-THIERRY avait ainsi pu noter que GOODY voit un point de rapprochement entre les familles occidentales et orientales dans la « dévolution divergente » des biens qui sont transmis aux enfants dans une proportion variant selon leur sexe. Geneviève BÜHRER-THIERRY, « Jack Goody, L'évolution de la famille et du mariage en Europe ». In: *Médiévales*, N°10, 1986. pp. 127-129

³⁹⁷ Ces possibilités de restreindre certains devoirs conjugaux au moment où le divorce est prononcé seront étudiées dans une partie consacrée à l'étude des critères de la responsabilité dans le couple. Cf. *infra*. p. 225 et s.

institution tournée vers la génération ou la simple attirance des sexes se fait jour, dès que l'on remarque qu'elles ne sont que des paliers intermédiaires, confinant déjà à la *regressio ad infinitum*³⁹⁸.

Il y a là, en effet, une erreur profonde à justifier les critères d'une institution sur les seules conséquences qu'elle est censée produire, puisque l'on réduit alors la cause aux conséquences, par un *a posteriori* qui peut être qualifié d'utilitariste, puisque c'est la fin, dans son sens matériel autant que dans son acception axiologique, qui justifiera les moyens. Cette erreur est d'ailleurs accrue par le fait que les conséquences attendues du couple dépendent désormais entièrement de sa volonté. Ainsi prétend-t-on résoudre une cause par une conséquence idéale et discrétionnaire.

L'évidence de l'impossibilité philosophique d'une telle explication, pousse à rechercher ailleurs le fondement du couple. Peut-être faudrait-il préciser, pour ne pas provoquer de malentendus, qu'il ne s'agit pas de remettre en cause la maîtrise certaine qu'ont gagné les couples, et plus particulièrement indéniablement les femmes, sur leur désir d'enfantement, mais simplement de dénoncer une justification erronée de la reconnaissance sociale de l'amour qu'éprouvent deux personnes l'une pour l'autre. Elle est d'autant plus erronée qu'elle s'appuie entièrement sur ce qui n'est qu'une volonté présumée³⁹⁹.

Pour combattre cet obstacle, reprenons le problème de l'institution dans son origine.

251. L'institution d'un statut implique que l'on ne puisse pas y déroger, ou bien parce que ce statut est attaché à une qualité qui nous est propre et que l'on ne peut en principe pas contrôler, comme le fait d'être un homme ou un fils par exemple, ou bien parce qu'il repose sur une qualité qui pourrait être contingente à notre personne, comme le fait d'être fonctionnaire ou d'être marié par exemple, mais qui acquiert en droit une valeur supérieure.

³⁹⁸ Si le mariage correspond effectivement à un statut qui est d'ordre public parce qu'il favorise la procréation, il est difficile de percevoir en quoi le mariage la favorise davantage que le concubinage. Dès lors on pourrait de nouveau se demander pourquoi le mariage est-il une institution. Il en ira de même si l'on opte pour un objectif social de formation de citoyens par le mariage ou pour l'attirance des sexes.

³⁹⁹ Dans ces conditions d'ailleurs, on voit mal comment il serait possible d'admettre un lien de responsabilité, certes restreint mais réel tout de même, et donc une reconnaissance et une protection dans le couple homosexuel par le jeu du PACS, sans lui permettre ensuite d'être responsable d'un enfant. Mais à cette question, les juristes ont une réponse bien établie et a priori très claire, selon laquelle seul le mariage correspond à ce qui vient d'être exposé, le PACS n'étant d'ailleurs pas du tout organisé en fonction d'enfants éventuels, et le mariage reste interdit à des couples comme ceux-là. La question demeure alors de savoir pourquoi (dans le sens du « what for » anglais) le PACS a-t-il été conçu ?

Ainsi donc, si le mariage est une institution relevant de la seconde catégorie, on ne peut comprendre ce caractère sans éclairer la valeur qu'il porte et en vertu de laquelle il est tel. Il faudrait préciser ici que la valeur pour laquelle le couple se constitue est essentiellement la même, quelque soit la forme que prend cette union, qui peut toutefois être ordonnée sur l'échelle des valeurs par l'idée de la « valence » —selon un terme déjà usité chez Lavelle⁴⁰⁰ puis chez Grzegorcyk⁴⁰¹— de ces différentes forme dans notre droit.

252. C'est donc dans la situation concrète des époux que doit se trouver la valeur en raison de laquelle la responsabilité pourra être engagée, en s'éloignant ainsi nécessairement de l'abstraction à laquelle l'affection est réduite lorsqu'elle fonde une idée du mariage et de la responsabilité qui s'y attache.

Paragraphe 2. L'exemple du critère de la stabilité de l'union : désinstitutionnalisation sans contractualisation

253. La stabilité du mariage pourrait apparemment tenir le rôle de cette valeur, qui lui est souvent attribuée⁴⁰². La promotion d'un idéaltype du mariage n'aurait alors pour but que d'inscrire une telle union dans la durée et plus encore dans une durée socialement utile, parce que l'on admet notamment que l'intérêt de l'enfant, futur acteur de l'ordre public, passe par la stabilité des relations de ses parents⁴⁰³. Or, s'il est bien évident que la stabilité, dans son inféodation à l'ordre, est toujours un objectif du droit, et ce quelle que

⁴⁰⁰ Louis LAVELLE, *Traité des valeurs*, Tome 1, Paris, P.U.F, collection Logos, 1950, 744 p.

⁴⁰¹ Chez GRZEGORCYK, la valence est définie comme un degré particulier de qualités que l'on accorde à un objet. Voir *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXV, L.G.D.J, 1982, 282 p

⁴⁰² Clothilde BRUNETTI-PONS, « Couple et durée », in *La notion juridique de couple*, Clothilde BRUNETTI-PONS (dir.), Paris, Economica, 1998, p.29 à 42. L'auteur reconnaît que « Le mariage a ainsi traditionnellement pour fonction sociale d'assurer la solidité et la stabilité du couple sur lequel repose l'avenir des enfants. La durée participe de l'idée même de mariage ». Cette affirmation est cependant posée dans le sens d'un rapprochement à opéré entre le mariage et le concubinage : « La durée est au cœur de la crise du droit de la famille. La libéralisation du divorce, en 1975, a convaincu qu'elle n'était pas de l'essence du mariage. Pourtant, tout en rapprochant les concubins des époux, l'émergence de la notion de couple est venue rappeler l'importance de la durée dans les relations d'ordre conjugal » p. 30.

⁴⁰³ Il est très significatif de noter qu'alors la thèse institutionnelle du mariage rejoint la thèse conventionnelle telle qu'elle a été développée dans l'Ecole du Droit naturel moderne en sa version « fonctionnelle utilitaire », dans la stricte mesure où l'union d'un homme et d'une femme doit permettre, non pas seulement la perpétuation de l'espèce, mais l'éducation des enfants.

soit la situation examinée, on ne voit pas bien ce qui pourrait faire la singularité du couple marié d'une part⁴⁰⁴, et l'on ne peut comprendre non plus le sens de cette stabilité dans un couple sans enfants⁴⁰⁵, qui sera d'ailleurs soumis au même modèle du mariage⁴⁰⁶. Bon nombre d'auteurs ont déjà remarqué le double mouvement selon lequel d'une part le mariage n'est plus le socle de la famille⁴⁰⁷, et d'autre part ce dernier est placé sur un pied d'égalité par rapport aux formes moins institutionnalisés du couple, la présence d'enfants devenant un critère d'harmonisation plus que de distinction. On ne peut donc, sans contraindre la logique, lui donner la *priorité* du point de vue du modèle auquel adhèrent les mariés.

La stabilité pourrait-elle alors conférer sa valeur au mariage en dehors de toute considération éducative ou procréatrice pour lesquelles elles étaient inopérantes ?

La question de la stabilité de l'union renvoie en fait à celle de la fidélité⁴⁰⁸. Parce que cette fidélité est conçue au regard d'un affect absolutisé, perçu comme une fin coupée de ses moyens, l'institutionnalisation de l'union conjugale devient plus formelle, troublant ainsi le sens de la responsabilité qui répondrait à ses manquements.

254. Il ressort ainsi nettement de l'analyse que si l'affect acquiert en matière de mariage une efficience certaine quant à la détermination de l'engagement pris, il souffre pourtant d'une méprise sur sa valeur. S'il n'est perçu que comme idée abstraite, il peut au contraire conduire à une déresponsabilisation de l'engagement, qui reviendrait en fait à le

⁴⁰⁴ C'est le concubinage qui est visé ici puisqu'il peut très bien s'inscrire dans une durée longue, voire indéterminée, jusqu'à recouvrir une réalité qui ne trompe pas les juges de « mariage de fait ». N'est-ce pas ce que nous dit déjà la définition introduite par la loi du 15 novembre 1999 : Article 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexes différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». La maladresse du texte est, en plusieurs endroits, sensible : la plus flagrante en est peut-être la redondance de l'expression « vie commune [stable et continue] » avec celle « qui vivent en couple », qui pourrait introduire une confusion au sens où on voit mal quel serait l'apport de la seconde occurrence par rapport à la première... à moins que la vie de couple implique un autre élément, peut-être affectif ? Précisons qu'il est admis que la simple cohabitation ne suffit pas à signifier une « vie commune ». Pour René SAVATIER, l'importance qu'a néanmoins ce critère de la cohabitation relève d'un moyen pour le droit d'essayer d'objectiviser, par la présomption d'une union sexuelle tirée de la vie quotidienne sous le même toit, ce qui par nature lui échappe, l'amour. Le concubinage ne peut pas non plus d'ailleurs être assimilé à d'autres unions dites « libres », comme pourrait y conduire une classification des couples fondée sur l'absence de régime juridique fixé par avance.

⁴⁰⁵ Qu'il demeure sans enfants par choix ou par impossibilité... La preuve la plus éclatante en est la validité des mariages *in extremis*.

⁴⁰⁶ Sans nier ici qu'il soit possible de considérer différents « degrés du mariage », comme l'avait fait Marie LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 554 p. Néanmoins, les degrés dont il est question ici ne concernent pas la distinction entre couple avec enfants et couples sans enfants et sont donc inopérants pour la matière qui occupe l'analyse ici proposée.

⁴⁰⁷ Considérons d'ailleurs qu'aujourd'hui il est banal de reconnaître que le nombre d'enfants par famille est globalement bas et ne distingue en rien les couples mariés des couples vivant en concubinage par exemple. Selon les chiffres de l'INSEE en 2007, 47% des familles sont sans enfants, sachant que cet organisme considère qu'une famille est indifféremment constituée d'un couple marié ou non, ou même d'un adulte avec son ou ses enfants. Par ailleurs, en 2010, 55% des enfants seraient nés hors mariage.

⁴⁰⁸ Cf. *infra*. p. 565.

vider de son sens. C'est à un tel écueil que semble conduire l'évolution actuelle de l'institution maritale.

Sous-section II. NOUVELLE INSTITUTIONNALISATION FORMELLE DE L'ENGAGEMENT MARITAL

255. Le mariage, en n'échappant pas au mouvement de la contractualisation du droit de la famille que relèvent certains auteurs⁴⁰⁹, **pourrait aussi bien être regardé comme une institution « personnelle »**, s'il n'était contraint dans le rôle d'une institution « individuelle ».

Il y aurait alors une contradiction apparente entre l'ordre public que promeut le mariage par son caractère institutionnel, et l'absence, ou la disparition, de vocation prioritairement sociale d'une telle union. En effet, la stabilité qui ne serait plus expliquée par les besoins affectifs et moraux d'un enfant, devrait probablement l'être par les mêmes besoins qu'éprouvent le mari et la femme.

L'engagement pris pour alors peut-être permettre l'individuation de la conjugalité par rapport aux autres couples, qui ne garantissent pas *a priori* leur attachement en le plaçant sous la protection du droit⁴¹⁰. Mais c'est alors l'enjeu d'une intervention de l'ordre public dans une relation dont la valeur deviendrait entièrement subjective, et à la limite simplement soumise aux conditions de l'épanouissement de chacun, qui devient trouble. Il appert ainsi qu'un obstacle se dresse inmanquablement dès l'instant que l'on contraint le sens du mariage dans l'individuel pur ou dans le social pur. C'est une fois encore le recours à la philosophie du

⁴⁰⁹ Carine DUDIT, La contractualisation du droit de la famille, thèse, Raymond LE GUIDEDEC (dir.), soutenue le 10 novembre 2009 à l'université de Nantes, 553 p.

⁴¹⁰ L'engagement contenu dans le PACS, qui est bien lui aussi pris a priori, mais qui ne semble pas être celui d'une personne en vers une autre, mais plus strictement celui de l'exécution d'un certain nombre d'obligations déterminées, ne fera pas l'objet de développements spécifiques ici. .

droit⁴¹¹ qui tirera la pensée de cette impasse et plus particulièrement les philosophies du droit qui se sont approchées de la phénoménologie⁴¹².

256. Ces dernières ont assez démontré que **la pureté de l'individuel et du social était en réalité inexistante, tout autant que celle de l'objectif et⁴¹³ du subjectif, et que leur opposition radicale était par là même impossible.** En cela, la valeur de l'élément affectif peut, par le jeu de la sympathie dont Smith avait bien compris qu'elle permet le jugement moral, constituer précisément la réponse qui était nécessaire pour comprendre la protection juridique accordée aux époux.

Chacun peut sympathiser avec la situation d'une personne qui en aime une autre et voudrais pour cette raison s'engager auprès d'elle. Cette universalité fait de la subjectivité du sentiment une subjectivité radicale, une sorte de subjectivité qui communique par sa radicalité avec le domaine objectif qui est alors construit par elle. La valeur promue par le mariage en tant qu'institution, et partant, que statut, peut donc bien être celle de la stabilité de la communauté affective établit par les époux en elle-même.

Mais plus encore, chacun des époux a sympathisé et sympathise habituellement et spontanément avec son conjoint. Dans l'immédiateté de cette affection, le statut pour lequel ils se sont engagés défend médiatement la valeur de leur sympathie mutuelle. La protection offerte par le droit trouve sa cause aussi bien dans l'universalité d'une affection pour l'autre, que dans le creuset même de la relation sympathique subjective qui unit les mariés.

257. Ainsi donc la responsabilité conjugale se trouve-t-elle face à des difficultés relatives à la confusion du rôle et de la définition de l'élément affectif qui la fonde. Ces difficultés existent également dans les relations filiales, quoique les faits leur opposent une résistance plus efficace.

⁴¹¹ Les tentations de résoudre plus simplement le problème en lui opposant par exemple une forme d'état providence dont le fonctionnement est basé sur le bonheur de ses citoyens sont ici écartées puisque d'une part c'est une explication qui n'a aucun caractère juridique mais qui relève de la théorie politique et d'autre part la véritable question ne serait pas résolue de savoir pourquoi et au nom de quoi est-ce que l'état vise à satisfaire aux conditions de l'épanouissement de l'individu

⁴¹² Voir à ce propos la thèse de Simone GOYARD-FABRE, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, Paris, 1972, 340 p.

⁴¹³ Aymeric D'ALTON, *La critique de l'objectivisme dans la philosophie du droit du XXème siècle*, thèse de doctorat dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, 443 p.

Section II. l'engagement filial sauvé par un élément affectif concrètement observé

258. L'engagement que constituerait la mise au monde d'un enfant, emporterait une responsabilité essentielle, a priori inébranlable. En effet, la responsabilité dont il est question s'attache nécessairement, et déjà à un niveau anté-juridique, au phénomène de la filiation. L'abandon ne peut dans ces conditions qu'apparaître comme un régime d'exception destiné à organiser le refus que peuvent manifester certains parents dans un statut qui leur échoie pourtant à première vue naturellement.

Le droit intervient alors pour permettre, dans le respect de certaines limites, la disjonction entre cette situation parentale factuelle et son institution filiale. Ce qui pourrait sembler paradoxal, au vue notamment des efforts fournis par celui-ci pour organiser un système de la parenté qui allierait au mieux la génération physiologique à la reconnaissance d'un engagement juridiquement protégé, n'est en fait qu'une conséquence logique de l'influence irrémédiable qu'exerce l'élément affectif en ce domaine.

259. Dans un premier temps, notre droit positif suppose que celui qui ne veut pas assumer sa responsabilité parentale, ne pourra effectivement pas l'accomplir conformément aux intérêts de l'enfant, à qui l'on doit donc permettre de trouver en une autre famille l'affection dont il a besoin. Il n'est pas ici seulement question d'une capacité à endosser une fonction parentale, laquelle se manifeste principalement par une capacité à exercer l'autorité parentale, et cela même si cette dernière est bien comprise comme un devoir et non comme un rapport de pouvoir. Pour preuve d'ailleurs les règles relatives au retrait de l'autorité parentale qui ne s'accompagnent que dans des circonstances très exceptionnelles de la rupture du lien de filiation⁴¹⁴.

Il s'agit plus profondément de considérer que si l'engagement des parents est le corrélat indispensable de l'affectivité que ceux-ci nourrissent à l'endroit de leur enfant, alors

⁴¹⁴ Cf. le second chapitre de ce titre où il sera exposé que la responsabilité que les parents engagent lorsqu'ils ne remplissent pas leurs devoirs envers leurs enfants correspond davantage, dans sa mise en œuvre concrète autant que dans ses postulats purement théoriques, à la réparation objective d'une erreur qu'à la sanction d'un comportement que l'on ne veut plus considérer comme fautif. La culpabilité n'est plus de mise pour ces père et mère qui sont jugés *défaillants*, et pour lesquels on tente de sauvegarder le lien filial.

il est absolument logique que l'absence de ce sentiment, cause première, anéantisse par elle-même l'engagement.

260. Mais alors, comment expliquer que dans un second temps, les lois en vigueur permettent à l'enfant d'engager d'une certaine manière la responsabilité de ses père et mère quoique ceux-ci n'aient pas voulu établir de liens affectifs et juridiques avec lui ? Puisque l'enfant peut toujours rechercher ses parents biologiques, et puisque, une fois qu'il les aura retrouvés, il pourra faire établir sa filiation en justice. Il paraît assez clair que notre droit positif cherche à permettre ce qui est nécessaire au bien de l'enfant, c'est-à-dire grandir au près de ceux qui l'aiment⁴¹⁵, et qui donc⁴¹⁶ veulent son bien, tout en sauvegardant très sensiblement le principe de l'indisponibilité de la filiation⁴¹⁷. Il est impossible de renoncer *pour toujours* à une vérité que par principe, chacun doit assumer, si toutefois l'enfant en a besoin et le demande.

Ce point qui se manifeste en des formes différentes selon qu'il vise le refus ou le retard de l'établissement de la filiation par le père (Sous-section I), ou le refus qu'opposera la mère (Sous-section II).

Sous-section I. LA RESPONSABILITE DU PERE BIOLOGIQUE DANS L'ABSENCE OU LE RETARD DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIACTION

261. Deux situations différentes peuvent être distinguées, qui sont exemplaires des secousses qu'affronte ce type de responsabilité civile. En effet, *a priori*, la responsabilité ne devrait pas exister là où la règle de la liberté dans l'établissement de la filiation s'impose, d'autant que cette liberté semble reposer sur une conception inavouée

⁴¹⁵ Etant entendu que l'on suppose que ceux là sont ses parents biologiques. Cf. article 7-1 de la Convention de New York : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. »

⁴¹⁶ Nul besoin sans doute d'insister sur tout ce que ce « donc » implique. Il existe une sorte de présomption réfragable d'amour des parents pour leur enfant, et une présomption par contre irréfragable en pratique de la relation de cet amour à la recherche de l'intérêt de l'enfant en toute occurrence.

⁴¹⁷ Peut-être que l'on pourrait le voir comme un démembrement de l'indisponibilité de l'état civil ? qui sait cela pourrait être intéressant au vue des évolutions modernes de ce concept

(inavouable ?) de l'affection, qui voudrait que le parent qui est obligé d'assumer sa place soit moins « bon » que celui qui désire avoir ce rôle.

La responsabilité se trouve pourtant bel et bien engagée sous certaines conditions, et elle peut peser alors sur le parent biologique d'un enfant qui tarde à la reconnaître, ou bien sur le parent contestant son lien de filiation à tort.

262. Il est possible de rapprocher les deux situations dans lesquelles la filiation n'est pas établie par celui qui est le parent biologique de l'enfant. Le lien pourra certes être judiciairement déclaré, il ne sera pas alors « complet » au sens où surtout le parent qui devient légalement tel à la suite d'une action en justice n'est pas socialement celui qui aura la charge de l'éducation de l'enfant. Il n'est alors qu'un soutien matériel à ses projets et à son développement. Dans ces hypothèses, on trouve un certain nombre de décisions de justice engageant la responsabilité de cet ascendant peu scrupuleux, et ce qui est remarquable, c'est que la responsabilité s'ajoute alors aux liens purement financiers qui pèseront sur lui. Elle a donc un autre sens. L'absence, qui est le plus souvent celle du père, ne peut être cependant sanctionnée que dans des circonstances particulières, existant dans le retard pris par le géniteur dans l'officialisation du lien qui l'unit à son enfant (Paragraphe 1), ou encore dans le refus net que celui-là manifeste d'être le parent légal de sa progéniture (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La responsabilité découlant d'une reconnaissance tardive

263. Lorsque la responsabilité intervient dans le cadre d'une reconnaissance tardive d'enfant, qui n'est pas tout à fait un cadre naturel pour elle puisqu'en principe la reconnaissance est libre, **elle suppose un comportement dont la gravité est particulière.** Or, une telle gravité est notamment mesurée à l'aune de l'affection blessée de l'enfant. L'affect joue bien alors dans cette forme de responsabilité familiale un rôle moteur, d'autant plus efficient qu'il est concrètement observé. C'est ce que démontre l'étude précise des conditions d'une telle responsabilité (I), et c'est aussi ce à quoi renvoie en miroir l'engagement tout à fait exceptionnel de la responsabilité d'un descendant n'ayant annoncé que tardivement son adoption simple (II).

I. LA RESPONSABILITE DE L'ASCENDANT DANS LA RECONNAISSANCE TARDIVE DE SON ENFANT

264. L'établissement tardif de l'acte de reconnaissance paternelle peut engager la responsabilité de son auteur vis-à-vis de son enfant. C'est ainsi que les juges de la cour d'appel de Paris⁴¹⁸ ont pu décider, dans un arrêt certes marginal, que le père qui avait reconnu son enfant plus de 20 ans après sa naissance lui devait, outre la créance rétroactive d'entretien d'enfant qui peut constituer en elle-même une sanction lorsqu'elle porte sur un nombre si grand d'années, des dommages et intérêts au titre d'un préjudice moral.

La question qui s'impose à propos de cette décision est de savoir en quoi consistait ce préjudice, et surtout où était la faute dès lors que les juges ont affirmé, avec raison au regard de notre droit positif, que la non-reconnaissance ne pouvait être fautive en soi. Cette règle étant posée, et reposant sur l'idée qu'un lien aussi personnel que la filiation ne doit émaner que d'un élan propre de celui qui doit être le père, parce qu'une obligation à être parent compromettrait l'affection qui doit exister avec l'enfant⁴¹⁹, la faute de l'homme qui n'a pas reconnu son enfant et pour laquelle il a été condamné à verser des dommages et intérêts devient problématique. Il faut donc se pencher sur la nature de la faute (A), ainsi que sur celle du préjudice (B) pour déterminer la place de l'affect dans cette responsabilité.

⁴¹⁸ Paris, 23 février 2006, 1^{ère} ch. sect. C, inédit, RTD civ. 2006, p. 295, HAUSER

⁴¹⁹ Ce postulat pourrait être contesté dès lors qu'il relève d'une confusion entre affection et volonté sans fondements de la personne. D'ailleurs, quoique l'on pose que l'établissement de la filiation est libre, le droit conserve au fond une trace de réalisme en admettant les établissements judiciaires de parenté, qui reviennent bien à forcer la légalisation d'un lien biologique ! De ce point de vue, le seul élément à même d'expliquer qu'au stade de la naissance de l'enfant il n'existe aucune obligation d'établir le lien est le suivant : on suppose qu'un autre père « affectif » pourra prendre la place de celui qui est délégué. Si tel n'est pas le cas, alors le géniteur devra assumer son lien. De cette façon il serait possible de dire qu'en vérité la liberté qui existe aux sources de l'établissement de la paternité ou de la maternité est une liberté conditionnelle et même subsidiaire, dès lors qu'elle n'existe qu'à la condition qu'une autre personne occupe la place laissée vacante, ou bien que l'enfant et l'autre parent n'exprime aucun manque.

A. Nature de la faute du père établissant tardivement la filiation de son enfant

265. La faute a donc été découverte, non dans le retard de la reconnaissance elle-même, puisque celle-ci est *a priori* libre, mais dans l'attitude « blessante (*sic*) » qu'aurait adoptée ce père lors de l'instance en reconnaissance, et notamment parce qu'il avait par ailleurs reconnu sa paternité devant sa famille de longue date. Le contenu de cette faute peut susciter quelques interrogations dès lors que les deux facteurs comportementaux qui sont évoqués par les juges au soutien de leur analyse ne sont précisément blâmables qu'en tant qu'ils montrent que le père savait qu'il avait un enfant et qu'il n'avait pas agi pour l'établissement juridique de cette paternité. L'attitude de ce père ne peut effectivement être blessante pour son enfant que parce qu'il affichait par ailleurs sa paternité. Faute de pouvoir sanctionner directement le caractère tardif de la reconnaissance, les juges ont pris le parti de sanctionner le comportement qui lui était concomitant.

En somme, s'il avait été effectivement démontré que le père ignorait l'existence de sa fille, ce qu'il soutenait au demeurant en affirmant qu'il pensait ne pas être le père de cette enfant, sa responsabilité n'aurait vraisemblablement pas été engagée. C'est ainsi que cette solution peut trouver à s'expliquer, et l'on conçoit alors que la faute ne puisse résider dans l'absence de reconnaissance elle-même, mais bien dans *la combinaison de cette absence avec une connaissance du lien paternel par celui qui en est l'auteur*. S'il n'y a bien évidemment aucune obligation d'établir une filiation, il y aurait en revanche obligation de l'établir lorsque cette filiation est connue par le parent, et à la condition préalable que l'enfant en souffre⁴²⁰.

266. On peut être frappé, dans ce jugement, de ce qu'il paraît davantage tourné vers la sanction du comportement du géniteur de l'enfant victime que vers la réparation de son préjudice. En effet, les motifs exposés concernent essentiellement l'attitude du père, et cela pourrait bien s'expliquer par la nature toute spécifique de la faute qui lui est attribuée. Il fallait bien chercher à la qualifier puisqu'elle est apparemment une sorte d'aberration, contrevenant au principe du libre établissement de la filiation. Les juges du fond ont donc

⁴²⁰ La comparaison des situations des père et mère montre alors encore une fois la difficulté qu'il peut il y avoir à les accorder, puisque si d'aventure cette jurisprudence se répétait, elle ne pourrait s'inscrire avec cohérence dans un système de droit qui admet sans restriction relative à la situation de la personne l'accouchement sous x, où, par définition, la mère sait que l'enfant est le sien.

tenté avec légitimité de poser la responsabilité de l'homme qui reconnaît tardivement son enfant sans heurter cette règle qui semble maîtresse en la matière. Mais à y regarder de plus près, la liberté, dont bénéficie un homme de ne pas établir la filiation de son enfant, peut sembler finalement relativement restreinte.

En effet, celle-ci ne joue d'abord qu'ab initio, puisque l'établissement judiciaire de la paternité est possible si aucun homme n'a endossé auprès de l'enfant le rôle du père devant la loi et à condition que l'action soit exercée dans les délais légaux⁴²¹, et ensuite, comme le montre la jurisprudence qui fait ici l'objet de notre examen, cette liberté ne concerne que l'homme qui ignore, ou qui paraît ignorer son état de père. Est-ce alors même une liberté de ne pas établir une filiation ? Ne serait-ce pas finalement bien plus, si l'on devait s'en tenir à l'interprétation à laquelle les juges conduisent dans cette affaire, une liberté d'ignorer sa paternité ? Si elle est connue du père et de l'enfant, alors il est fautif de ne pas l'établir en droit, et cette faute cause à l'enfant un préjudice moral lié à la blessure qui lui est ainsi infligée.

267. Ce préjudice pourtant peut pratiquement faire l'objet de discussion, non pas seulement à cause de son caractère moral.

B. Nature du préjudice de l'enfant dont la filiation est tardivement établie

268. La définition et l'appréciation du préjudice retenu dans cette affaire, étant intimement dépendantes de celles qui ont prévalu quand la faute de l'homme trop désinvolte vis-à-vis de la reconnaissance de son enfant, **ne va pas non plus sans appeler certaines remarques**. Le préjudice devrait logiquement reposer dans le fait pour l'enfant de ne pas avoir eu de père, bien qu'en l'espèce ni la mère, ni la jeune adulte qu'était devenue l'enfant, n'aient usé de leur droit d'agir en recherche de paternité.

Il faut à ce propos être étonné de ce que ce fait n'ait pas semblé retenir l'attention des juges qui auraient pu pourtant en conclure que le manque n'était pas réel, ou du moins peu pressant, et alors disqualifier le préjudice moral de la jeune femme. Il n'en demeure pas moins

⁴²¹ Art 321 du Code civil : « Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité. »

que ce qu'invoquait la victime, et ce que prétendent indemniser les juges, c'est bien la privation d'un père.

269. Mais alors, le faible montant de la réparation allouée en l'espèce peut surprendre, et faire surtout douter qu'il ait été attribué pour compenser le préjudice moral dont la jeune femme disait avoir souffert durant de nombreuses années. Il est vrai que les règles de la responsabilité civile extracontractuelle laissent au juge une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation du préjudice, lequel pouvoir est d'autant plus étendu que le préjudice est au fond impondérable⁴²². Mais la réduction de la somme à laquelle avait été condamné le père tardif devant les premiers juges, de 39 000 à 3 000 euros, laisse à penser que la cour d'appel a, en vérité, réparé le préjudice résultant du comportement du père lors de l'instance, et non celui qui aurait été la conséquence de la privation d'un père.

Le préjudice réparé correspond donc exactement à la faute qui était imputée au père en n'étant pas la privation d'un père, mais la blessure morale qu'a entraînée la connaissance *du refus de l'homme qui est le père biologique de s'engager comme père réel*. Le préjudice réparé ne peut pas correspondre à celui qui a été invoqué expressément, mais correspond bien en revanche à la faute qui était ici véritablement sanctionnée, et qui est celle de ne pas avoir reconnu un enfant dont on savait être le parent.

270. Par un jeu de miroir, imparfait, il est édifiant qu'existe en jurisprudence une responsabilité fondée sur l'annonce tardive pour un enfant, de son adoption simple à son parent. Cette responsabilité pourrait pratiquement poser les mêmes questions quant à la nature

⁴²² Cette incommensurabilité fondamentale du préjudice d'affection n'est pas son apanage, dès lors que tout préjudice, même corporel à la rigueur, ne peut qu'être imparfaitement réparé. La remarque est devenue banale, (cf. le colloque du 27 novembre 2009 : « Réparation intégrale : mythe ou réalité ? », que l'on trouve retranscrit in *Gaz Pal*, 9 avril 2010, et au cours duquel Hubert Groutel, professeur émérite à l'université Montesquieu Bordeaux IV, a cette métaphore fort instructive : « la réparation intégrale est certainement une fin – que l'on érige même à l'occasion en principe. Une fin, c'est-à-dire un objectif qu'il importe de réaliser. Là-dessus, tout le monde est d'accord. Pour cela, il faut se représenter l'objectif et se demander sur quoi l'œil doit se fixer. Je serais tenté de faire une comparaison avec le tir : l'objectif serait ce petit rond qui est au centre de la cible. Dans ce cas, il existerait un concept de réparation intégrale, c'est-à-dire une représentation générale et abstraite d'une réalité. Mais, en fait, les choses ne se passent pas ainsi, et, très vite, la vue se brouille. Notre réparation intégrale se présente alors comme une ligne d'horizon supportant un certain nombre de petites cibles, de sorte que le concept que l'on croyait pouvoir découvrir finit par s'estomper. Cela dit, l'important est d'atteindre la ligne, et l'abandon en cours de route serait ressenti comme une frustration par la victime. Mais cette ligne est aussi une frontière qu'il ne faut pas dépasser sous peine de sanction. Derrière ces images, on a bien sûr reconnu un lieu commun : tout le préjudice, rien que le préjudice », p.22). Mais il importe peut-être de la rappeler lorsque l'on pourrait être tenté de dire que si les indemnités allouées par les juges en de telles espèces sont aussi variables dans leur montant, ce n'est que parce que le préjudice que l'on vise à réparer est irréparable. La réparation du préjudice d'affection est notamment depuis longtemps problématique. Cf. Gérard MEMETAU, « La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », in *Gaz. Pal.*, 1er août 1978 p. 400 à 403. Sans aller jusqu'à l'euro symbolique qu'avait pu préconiser cet auteur, les juges en l'espèce semblent avoir fait le même constat de l'impossibilité de changer l'amour en argent.

de la faute et du préjudice retenus, mais a suscité une autre réponse judiciaire, qui paraît caractéristique de la présence de l'élément affectif.

II. LA RESPONSABILITE DU DESCENDANT DANS L'ANNONCE

TARDIVE DE SON ADOPTION SIMPLE

271. Le retard fautif dans l'établissement d'une filiation renvoie à celui qui peut exister dans l'annonce d'une adoption simple de l'enfant adopté à son parent biologique. Si encore une fois la décision dans laquelle une telle situation s'est présentée à l'analyse juridique est isolée⁴²³, elle n'en perd pas pour autant toute sa portée significative.

En effet, lorsque les juges de la cour d'appel de Bordeaux ont, le 15 novembre 1994⁴²⁴, condamné une jeune fille qui avait caché à son père génétique son adoption simple, dans le but de continuer à être créancière d'aliments envers lui, et ce jusqu'à la fin de la procédure d'appel, à lui verser des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 31-1 du code de procédure civile⁴²⁵, c'est bien sans doute en vertu d'un principe commun qui se dessine aussi bien ici que lorsqu'il s'agit de condamner un père se sachant tel mais n'agissant pas en conséquence en droit. Indubitablement, ici comme dans l'affaire étudiée plus haut, le problème crucial est celui de la connaissance d'un état, dont on se doit de faire ressortir les effets en droit de la filiation.

272. Dans l'espèce qui a été soumise à l'examen des juges bordelais, il faut pourtant noter que les dommages et intérêts accordés ne le sont pas sur le fondement de

⁴²³ A chaque fois le petit nombre de décisions s'explique très vraisemblablement par le caractère exceptionnel des faits eux-mêmes. En revanche, on doit noter que pratiquement, à chaque fois que les faits conduisent les tribunaux à se prononcer, les dommages et intérêts demandés sont alloués, mais souvent révisés dans leur montant.

⁴²⁴ Bordeaux, 15 novembre 1994, inédit, RTD civ. 1995, p.346, « Adopté et non adopté : le beurre et l'argent du beurre ! Un article peu connu : l'article 367 du Code civil », obs. Jean HAUSER. Dans cette affaire « Une jeune fille née en 1972 avait fait l'objet d'un jugement d'adoption simple en 1991 dont elle n'avait, semble-t-il, pas informé son père. Celui-ci avait donc continué à subvenir à ses besoins et, soutenant n'avoir appris l'adoption qu'en 1994, réclamait la restitution des sommes versées. (...) La cour constate le bien fondé de la demande (...) et [condamne même la jeune fille] à dommages et intérêts sur le fondement de l'article 32-1 du nouveau code de procédure civile (...) », Jean HAUSER, obs. préc.

⁴²⁵ « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 euros, sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient réclamés ». A l'époque du jugement étudié ici (en 1994) l'article prévoyait que l'amende devait être comprise entre 100 et 10000 F.

la responsabilité civile, mais sur le fondement d'un article relatif à l'abus du droit d'agir en justice. La discussion sur le comportement que l'on cherche ainsi à condamner se trouve de cette manière immédiatement rejetée du côté de l'abus de droit. L'étude du sens d'une telle décision s'en trouve apparemment simplifiée : nul besoin ici de savoir si la jeune fille a blessé son père biologique par son attitude. Plus exactement, à la lecture de la décision, l'on comprend qu'elle lui a surtout causé un tort financier, et qu'il n'est pas même question de savoir si son attitude est un manque de piété filiale susceptible d'avoir causé à son géniteur un préjudice moral. En positionnant les dommages et intérêts alloués sur le terrain de l'abus au cours même de la procédure en justice, et en évitant ainsi les difficultés qu'auraient pu poser une action menée sur la base de l'article 1382 du Code civil, on n'évite pas complètement celles qui sont relatives au sens même de la condamnation de l'abus.

273. En effet, puisque ce n'était pas ici la jeune femme adoptée simple qui était à l'origine de la procédure en justice, seul son comportement « dilatoire » peut fonder l'application de l'article 31-1 du code de procédure civile. Or, si son comportement est dilatoire, c'est parce qu'elle aurait pu effectivement révéler à son père son adoption, et ainsi mettre un terme à l'affaire avant qu'elle ne parvienne jusque devant la cour d'appel.

Mais alors, une interprétation stricte de cette utilisation de l'article 31-1 devrait conduire à penser que si l'adoptée avait révélé à son père biologique son état dès le lancement de la procédure, alors elle n'aurait pu être condamnée. Certes cette analyse peut n'être pas illogique. Pour autant, l'esprit d'une telle condamnation à verser des dommages et intérêts au père d'origine, en sus du remboursement des aliments versés depuis la date de l'adoption simple, suggère que la jeune fille soit sanctionnée pour n'avoir pas immédiatement prévenu l'homme auquel elle est génétiquement liée. Pour être irréprochable, il eût fallu que la jeune femme indique à son père son état d'adoptée simple dès que le jugement en avait été prononcé, et non pas qu'elle attende même le début de l'action en justice de ce dernier, comme le donne d'abord à penser l'utilisation de l'article 31-1 du code de procédure civile.

274. Dès lors que l'on admet cette hypothèse, il faut en induire que le fait de connaître la nature du lien qui unit chacun à un ascendant et de n'en informer ce dernier que tardivement est constitutif d'une faute. Le lien de filiation se trouve d'une certaine manière distendu par l'adoption simple, dans la mesure notamment où cette dernière rend l'obligation alimentaire subsidiaire entre l'adopté et sa famille d'origine par rapport à

celle qui existe entre lui et l'adoptant. Il s'en suit que cette distance nouvelle qui est mise entre l'enfant objet d'une adoption simple et ses parents d'origine ne doit pas leur être cachée. Et ce d'autant plus peut-être, ou du moins d'autant plus évidemment, que cette distance a des conséquences financières non négligeables. Mais si l'aspect matériel par lequel se manifeste l'adoption simple est certainement celui qui a permis aux juges bordelais de fonder leur décision, il ne semble pas pour autant qu'il puisse anéantir ce qui lui est sous-jacent, et qui pourrait correspondre à un manque de loyauté ou de piété filiale plus vaste que celui qui ne s'exprime qu'au moment où l'action en justice est déjà lancée, c'est-à-dire trop tard.

275. Le retard, assimilé à un manque de diligence, dans l'établissement d'une filiation connue ou dans l'annonce d'une distance introduite dans la filiation, **a donc pu fonder l'engagement d'une responsabilité civile**, ou au minimum l'attribution des dommages et intérêts visant à réparer les préjudices ainsi engendrés. S'il en a été ainsi dans les deux affaires étudiées ici, il semble que ce ne soit que parce que les situations étaient particulières, en ce sens que les protagonistes connaissaient leurs relations respectives, et c'est cette connaissance qui paraît donc être au cœur de la possibilité de considérer que le comportement interrogé est fautif.

Il en ira de même lorsque la filiation n'est pas seulement reconnue avec retard, mais qu'elle est franchement refusée.

Paragraphe 2. La responsabilité découlant d'un refus d'établir sa parenté par le père biologique connu

276. Le principe selon lequel il n'existe aucun automatisme de la filiation en droit français est parfois rejeté par l'engagement de la responsabilité du parent qui n'aura pas fait établir la filiation de son enfant⁴²⁶. Une telle responsabilité s'offre le plus

⁴²⁶ Il faut néanmoins distinguer la situation du père et celle de la mère. En effet, dès lors que celui qui ne fait pas établir sa paternité peut avoir à en répondre lorsque l'enfant le connaît, la situation de la mère biologique qui ne souhaite pas s'instituer telle au près de son enfant, par le jeu de l'article 57 du Code civil ou par un accouchement dans l'anonymat, et qui n'a pas vocation à être donc connue de l'enfant pourrait expliquer l'impossibilité de l'engagement de sa responsabilité

souvent aux regards à l'occasion d'une action en constatation de paternité, dans laquelle le père ne peut plus, notamment parce qu'une expertise biologique a été réalisée, mais aussi parce qu'il a avoué explicitement ou implicitement sa position⁴²⁷, prétendre en toute bonne foi ignorer le lien de filiation qui l'unit à son enfant.

Sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, et dès lors qu'un préjudice de l'enfant, souvent concomitant à celui de la mère, et qu'une attitude fautive du père causant ce préjudice sont relevés, la responsabilité civile délictuelle du père peut en effet être engagée. Cette application apparemment très classique de la responsabilité a cependant de quoi surprendre puisqu'il est admis qu'elle sanctionne si ce n'est une faute ou une erreur, du moins un comportement « anormal », et puisque il est admis dans le même temps qu'il n'existe en principe aucune obligation de reconnaître l'enfant que l'on a engendré⁴²⁸. Comme le rappellent presque systématiquement les juges qui ont à déterminer l'existence d'une responsabilité civile délictuelle du père qui n'établit pas la filiation, la non-reconnaissance ne peut en aucun cas être constitutive d'une faute en elle-même.

277. C'est toujours l'existence du principe de la liberté qui est réaffirmé d'abord, supposant ainsi qu'il y aurait eu, dans le cas où la responsabilité est bien engagée, si ce n'est un abus de cette liberté, au moins un comportement spécifique qui devait être jugé nuisible. Lorsqu'un enfant engage ainsi la responsabilité du père qui a refusé de le reconnaître, il doit souffrir d'un comportement dont le caractère exceptionnel sera suffisamment fort pour remettre en cause le principe (I). De nouveau, l'affect joue ici un rôle efficient dans la reconnaissance d'une telle responsabilité, parce qu'en étant concrètement observé il permet de l'adosser à une attitude objective et observable : l'affect est fondateur dès lors que le parent savait qu'il était tel, et que l'enfant savait qu'il savait. C'est ainsi que la non reconnaissance, qui n'est pas fautive, devient un refus de reconnaissance fautif (II).

⁴²⁷ Civ. 1^{ère}, 5 mai 1976, Bull Civ I, 159, p.126 ; l'aveu de paternité, qui doit être non-équivoque, mais qui peut être implicite

⁴²⁸ Le principe est affirmé depuis Cass, 20 octobre 1935, DH 1935, p.537.

I. PRINCIPE DE LA LIBERTE DANS L'ETABLISSEMENT DE LA PATERNITE ET FONDEMENTS

278. L'établissement de la filiation est en principe libre (A), mais ce principe peut être critiqué (B).

A. Conception volontariste de l'établissement de la filiation

279. Les fondements volontaristes de la conception française de la filiation expliquent amplement cette solution. Dès lors que la reconnaissance d'enfant est un acte personnel pour la réalisation duquel la liberté de chacun peut s'exercer, il était nécessaire que les mécanismes de la responsabilité civile ne puissent venir sanctionner celui qui s'abstiendrait⁴²⁹.

Néanmoins, cette liberté dans l'établissement de la filiation conduit à laisser cette place auprès de l'enfant vacante, aussi longtemps qu'un autre ne se désigne pas, mensongèrement⁴³⁰, pour l'occuper. Sans doute peut-on objecter qu'un père qui ne souhaite pas s'investir ne sera pas un bon père, et encore que l'on ne peut faire d'un sentiment une obligation dont le respect peut être assuré par le droit civil.

280. Le choix existe bien de ne pas établir juridiquement de lien entre ascendants et descendants, mais d'abord si une décision d'une telle gravité est prise, il n'en demeure pas moins que l'enfant vivra et que le droit fera pour lui ce qu'il fait pour tout autre, et lui permettra par exemple d'engager la responsabilité de ceux qui n'ont précisément pas voulu s'engager à son endroit par le biais d'une action en recherche de paternité ou de maternité depuis que l'accouchement sous X n'y fait plus obstacle⁴³¹. Cela signifie très

⁴²⁹ La possibilité d'admettre la simple abstention au rang des faits générateurs de responsabilité civile est d'ailleurs discutée, comme le relève Jean HAUSER dans la note qu'il fait de la décision Paris, 1^{ère} Ch. sect. C, 23 février 2006, inédit, préc. Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2-responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, Paris, 2013, p. 92 et s. ; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, Quadriga, PUF, Paris, 2004, n° 1137.

⁴³⁰ Voir *infra*.p. 251.

⁴³¹ L'article 325 du Code civil dispose ainsi que « A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. ». Depuis une loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, art. 1, l'ancien article 325 du Code Civil

concrètement qu'il est impossible de répudier d'avance et pour toujours ce lien naturel⁴³². Ce simple constat suffit à démontrer qu'il a une valeur jugée supérieure de la relation filiale, propre à bouleverser les caractéristiques traditionnelles de la responsabilité.

281. Outre cette liberté – dont on appréciera la relativité ou même l'opportunité – de ne pas assumer l'enfant que l'on a pourtant fait être au monde, **le choix existe bien d'établir un lien de droit dont on sait pertinemment qu'il ne peut s'adosser à un lien d'ordre biologique**⁴³³, dans le cas de l'adoption, mais aussi dans celui d'une reconnaissance de complaisance ou dans un nombre important de procréations médicalement assistées. Les règles de droit viseront alors à engager la responsabilité, non de celui qui agit ainsi, mais de celui qui voudrait briser son engagement en contestant la « vérité » du lien qu'il avait d'abord souhaité établir avec l'enfant. Cette responsabilité ne peut être qualifiée d'automatique, et son fondement a pu susciter un certain nombre d'hésitations en jurisprudence⁴³⁴.

282. Impossible, dans le contexte actuel et conformément à ce qui vient d'être annoncé, de contourner les interrogations relatives à la place qu'il convient de donner à chacun des pôles de la création d'une responsabilité initiant le lien de filiation, quoique l'un d'eux semble demeurer en droit français le principe, à savoir l'axe biologique, duquel on déduit de manière inéluctable une vérité d'ordre affective, et l'autre une exception, dont il faut dire qu'elle suit une double mouvement apparemment paradoxal en connaissant une certaine expansion, tout en étant elle-même sujet d'exception, à savoir l'axe affectif, transparaissant alors comme détaché du biologique, voire comme une opposition à ce dernier.

qui disposait qu' « à défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326 », ne comporte plus de restriction relative à la demande du secret de l'admission et de l'identité de la mère.

⁴³² Il faut pondérer toutefois cette affirmation par le constat de ce que si ni le père ni la mère elle-même ne peuvent plus rendre impossible toute action en recherche exercée contre eux, la femme qui accouche sous X continue bien de rendre impossible par contre la reconnaissance de l'enfant par son père. Outre la tristement célèbre affaire Benjamin, cf. récemment Rennes, 25 novembre 2014, n°14-04384, .

⁴³³ Cet aspect du problème ne concerne que les pères dans la mesure où la gestation pour autrui n'est pas admise en France.

⁴³⁴ Voir par exemple Vivien ZALEWSKI, ouvrage précité, p. 201 à 257.

B. Critique de la conception volontariste

283. Mais qu'il soit permis de relever les points par lesquels ce raisonnement peut prêter le flanc à la critique : le romantisme juridique n'est pas toujours là où on l'attend, et il est en fait assez peu réaliste de penser que les actions en déclaration de paternité ne visent qu'à rendre un père à l'enfant. Les enjeux matériels existent bel et bien, et il s'agit souvent pour l'enfant d'obtenir un soutien financier. Alors qu'ailleurs⁴³⁵, rien ne s'oppose à ce que le lien de parenté recouvre une réalité dénuée de liens d'amour mais non de relations économiques, il paraît étrange que l'on n'envisage cette solution que comme un mal lorsqu'il s'agit d'établir la filiation. Au lieu d'avoir un père certes peu aimant et peu investi, mais qui a le mérite de pouvoir constituer un soutien matériel, l'enfant ne peut rien avoir du tout s'il ne lance pas une procédure contre son géniteur.

Au-delà, celui qui est là, même imparfaitement, et même contraint, est toujours plus que celui qui se dérobe. Certes, la liberté de ne pas reconnaître son enfant est limitée, justement par la possibilité donnée à la mère et à l'enfant de faire établir la paternité si le besoin s'en fait sentir. Mais, *a fortiori* parce que la reconnaissance est rétroactive, il peut être contestable de ne pas rendre la reconnaissance de paternité plus automatique, du moins lorsque personne ne se porte volontaire pour le remplacer.

L'établissement de la maternité, qui repose lui aussi selon certains auteurs⁴³⁶ sur un fondement volontariste dès lors que la possibilité de ne pas y consentir existe⁴³⁷, bénéficie pourtant de nombreux mécanismes le rendant pratiquement automatique, lesquels pourraient exister de la même manière pour le père.

284. Il s'avère pourtant que ce principe de la liberté laissée dans l'établissement d'un lien de filiation, et qui d'ailleurs est souvent négligemment justifié par l'idée que ce serait en vertu de l'affection qui ne se commande pas qu'il existerait, subit des exceptions.

⁴³⁵ Que l'on songe par exemple à la situation de celui des parents qui établit en second sa filiation plus d'un an après la naissance et qui ne peut donc partager de plein droit l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant avec l'autre parent, tout en conservant ses devoirs. Art 372 C.civ. Catherine HIGY, dans sa thèse *Le temps en droit de la filiation*, Frédérique Granet-Lambrechts (dir.), P.U.S, centre de droit privé fondamental, 2012, 368 p., remarque que si la même règle n'est pas appliquée en matière de première reconnaissance, c'est en raison de la défaveur du législateur à l'égard des vides de filiation... Dans ce cas, c'est encore une occasion de se demander pourquoi plus rien ne subsiste de cette méfiance lorsqu'un seul des liens de filiations est inexistant, p.79.

⁴³⁶ Notamment Catherine HIGY, op. cit., p. 56.

⁴³⁷ Art 57 et 326 C.civ.

Celles-ci paraissent avoir toutes en commun de sanctionner l'homme qui connaissait tout de son état et de celui de son enfant, mais qui s'est refusé à rendre juridique le lien qui l'unissait à lui.

II. VALEUR DES EXCEPTIONS ET RECHERCHE D'UNE UNITE PAR LE CRITERE DE LA CONNAISSANCE

285. Si un élément affectif abstrait pourrait justifier que le principe de la liberté dans l'établissement d'un lien aussi personnel que celui de filiation ne subisse pas d'exception, son appréciation concrète conduit au contraire à une toute autre solution. En l'observant en situation, les exceptions faites au principe se trouvent justifiées (A), et la responsabilité engagée fondée (B).

A. Appréciation in concreto et exception au principe

286. Quoiqu'il en soit du bien fondé et de la réalité de la liberté de ne pas établir la filiation, une jurisprudence existe qui démontre que la responsabilité peut dans certains de ces cas être engagée. Le caractère relativement exceptionnel de ces décisions, dans lesquelles la responsabilité du père est effectivement découverte⁴³⁸ ne doit pas

⁴³⁸ Remarquons ici que la jurisprudence admet plus fréquemment la réparation du préjudice moral de la femme qui a alors souvent été délaissée au moment de sa grossesse. L'on peut par exemple citer un arrêt Civ 1^{ère}, 2 avril 2008, n°07-13.704, 07-13.756 : « Mais attendu qu'ayant souverainement relevé (...) que quand bien même il serait établi que Mme X... avait d'autres relations à la même époque comme il le prétend, M.Y... est fautif, quelles que soient les causes de leur séparation, d'avoir manifesté un désintérêt pour la mère lorsqu'elle était enceinte de quatre mois et ensuite pour l'enfant jusqu'à la déclaration de paternité, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'une faute indépendante de la rupture, ayant causé un préjudice essentiellement d'ordre moral pour Mme X... ». L'on voit comment, dans cette décision, est appliquée par analogie la règle, habituelle dans le mariage, selon laquelle la responsabilité civile doit pouvoir être découverte dans une faute et dans un préjudice distinct de la rupture (Cf. *supra*, §129 et s.). Mais ce qui retient ici plus particulièrement notre attention concerne la définition de la faute du père qui semble pouvoir être tirée du seul fait du délaissement de la mère alors enceinte. Tandis que dans la jurisprudence retenant la responsabilité du père à l'égard de son enfant il appartient à ce dernier de démontrer que l'absence de son père lui a causé un préjudice particulier, et en quelque sorte donc distinct de cette absence elle-même, la mère n'aurait quant à elle qu'à relever le fait matériel de son abandon durant la grossesse. Cf. Amiens, CH. de la Famille, 15 septembre 2010, n°09-03753. Cette différence de traitement ne semble pouvoir trouver une explication que dans le malaise que peuvent éprouver les juges face à cette nécessité de ne pas inventer une obligation de reconnaissance d'enfant tout en appliquant pourtant les règles de la responsabilité civile. Ce malaise pourrait être résorbé si, comme cela est possible, il était admis qu'une distinction s'impose entre celui qui est inconnu et celui qui est connu et reconnu dès lors que celui-ci ne

en masquer le sens, au point de vue de l'intervention de l'affect sur cette responsabilité. Si elle ne peut prendre toute sa signification dans une situation où l'enfant ne connaît pas celui qui s'est ainsi départi des obligations que la paternité biologique lui aurait imposées et qui pouvait donc ne pas être celui qui assume le rôle du père, la responsabilité n'a en revanche plus aucune raison de ne pas être là où l'enfant et le père se connaissent et se reconnaissent. Au-delà des complexités dans lesquelles s'est alors perdue la volonté paternelle, l'actualité de la valeur affective commande à l'homme, qui *ne peut plus* ne pas être le père, d'en prendre le statut juridique.

287. Sans qu'il soit de cette manière fait obstacle à la règle de la liberté personnelle dans l'établissement d'une filiation, il faut admettre une distinction entre celui qui est absent et celui qui est, par sa présence même, le père. Ce constat s'excipe des quelques décisions jurisprudentielles admettant, ou refusant au contraire, d'engager la responsabilité du père dont la paternité a fait l'objet d'une déclaration judiciaire⁴³⁹. Les juges du fond ont ainsi eu récemment l'occasion de condamner un père au titre de la réparation du préjudice moral qu'il avait causé à son fils⁴⁴⁰. Ce préjudice était certes en l'espèce suffisamment établi par une expertise psychologique qui avait été ordonnée par le juge des enfants saisi en assistance éducative, et qui relevait la souffrance qu'éprouvait le jeune homme du fait de ce qu'il considérait comme un abandon paternel.

288. Mais, il est tout à fait édifiant que la qualification d'un tel préjudice dépende en amont d'une connaissance par l'enfant de l'identité de son père, dans la mesure où c'est elle qui rend « l'abandon » possible. En effet, la situation de l'enfant qui n'a

peut plus de toute manière ne pas être le père. L'élément affectif emporte alors un devoir-être et un être qui préexistent à la responsabilité, qui ne fait dès lors que les découvrir.

⁴³⁹ Celui qui, au cours d'une action en recherche de paternité, admet sa paternité en reconnaissant l'enfant ne saurait voir sa responsabilité engagée ce qui pourrait sembler étrange au vue de la décision étudiée plus haut et dans laquelle une responsabilité pour reconnaissance tardive est engagée, puisqu'en effet la reconnaissance qui intervient alors qu'une action en recherche de paternité est menée peut certes être considérée comme essentiellement tardive...Mais c'est subjectivement que cette tardiveté est en réalité appréciée, ce qui explique que cette décision cohabite sans absurdité avec le principe énoncé, puisque la reconnaissance est tardive lorsque le père savait qu'il était le père. Pour un exemple dans lequel la responsabilité du père est écartée alors qu'il a reconnu l'enfant au terme d'une action en recherche de paternité : Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, D. 2009, p.773 ; RTD civ. 2009, p.105, obs. Jean HAUSER.

⁴⁴⁰ Amiens, Ch. de la Famille, 15 septembre 2010, n°09-03753 : « M. Steven Y...justifie, par la décision rendue le 2 février 2006 par le juge des enfants du tribunal de grande instance de Carpentras (...) de ce que, adolescent, il a manifesté une importante souffrance morale en rapport notamment avec l'absence d'investissement de son père dans son éducation. Dans ces conditions et en application de l'article 1382 du code civil, il convient d'accueillir M. Steven Y... en sa demande d'indemnisation du préjudice moral subi par lui du fait du comportement fautif de M. C à son égard, caractérisé par les premiers juges, et, au vu des éléments du dossier, de lui allouer la somme de 1500 euros à titre de dommages intérêts (...) ».

pas de père connu n'est pas celle de celui qui a rencontré son père mais qui n'a pu être rattaché à lui. Le préjudice ne découle pas ainsi directement de l'absence *d'un* père, mais bien plutôt de l'absence *du* père qui abandonne ainsi l'enfant qu'il a connu, et même matériellement déjà en le rencontrant, *reconnu*. Cette interprétation se trouve d'ailleurs renforcée par une lecture *a contrario* des décisions dans lesquelles le dommage de l'enfant n'a pas été admis, dès lors que ce dernier ne peut démontrer l'existence d'une souffrance particulière distincte de celle qui serait subie par tout enfant dont la filiation paternelle ne serait pas établie⁴⁴¹. Or, la distinction ne semble pouvoir venir de ce que l'enfant connaît celui qui se dérobe, non pas seulement nominale, puisque par définition alors toutes les déclarations judiciaires de paternité aboutiraient à un tel résultat, mais concrètement. La rencontre doit avoir eu lieu entre ces deux personnes que sont l'enfant et son père.

289. Le préjudice, comme la faute, reposent dans ce que cette rencontre concrète a eu lieu sans que le père ne s'engage pourtant dans le statut qui est le sien. L'attitude fautive est en effet caractérisée par un véritable refus d'être le père, lequel ne peut être qualifié que lorsque d'abord l'homme ne pouvait pas ignorer sa situation, et lorsqu'ensuite il n'en était pas exclu par la mère⁴⁴². A ce dernier égard, l'on peut relever qu'en matière de filiation naturelle, la responsabilité du père, à l'endroit de son enfant, ne peut jamais être appréciée sans considérer parallèlement le comportement de la mère. Si les cas dans lesquels des dommages intérêts sont réclamés au nom de l'enfant ou par lui sont plutôt rares, il est constant qu'ils aboutissent toujours à un refus de la part des juges lorsque la mère n'a pas laissé au père la possibilité de s'investir auprès de l'enfant. une telle attitude en effet disqualifie la faute paternelle. Mais plus encore, c'est le préjudice lui-même qui n'aura alors plus lieu d'être, dans la mesure où il implique actuellement qu'un commencement de relation ait été engagé entre le père et son enfant.

⁴⁴¹ Orléans, Ch. de la Famille, 22 novembre 2011, n°11-00117 : « Bent E. B. agissant ès qualité de représentante légale de sa fille a introduit son action en recherche de paternité alors que l'enfant était âgée de presque 11 ans, et elle n'invoque aucun préjudice spécifique dont l'enfant aurait eu à souffrir depuis sa naissance. Il est constant que les parents de Sarah n'ont jamais vécus ensemble et que l'enfant est issue de relations brèves et épisodiques du couple (...) ».

⁴⁴² Orléans, arrêt préc.

B. Appréciation in concreto et cohérence du système de la liberté et de l'engagement d'une responsabilité

290. Ces conditions de l'engagement de la responsabilité du père dont la paternité a été judiciairement déclarée assurent sa connivence avec le principe de la liberté dans l'établissement des liens de parenté en en sanctionnant seulement l'abus. De même que l'usage du droit de se défendre doit avoir dégénéré en abus pour engager la responsabilité de celui qui refuse d'admettre sa paternité au cours d'une action en recherche de paternité⁴⁴³, il semblerait bien que l'on puisse analyser la faute en un abus du droit de ne pas reconnaître l'enfant que l'on a engendré, lequel abus dérive effectivement des conditions que le pouvoir prétorien a fixé.

Comme ailleurs, l'abus intervient pour moraliser un droit⁴⁴⁴, et il s'exerce bien ici au soutien de la valeur affective qui commande que celui qui s'est fait connaître comme père et qui a été invité et attendu dans ce rôle ne puisse s'y soustraire sans abuser de sa position. *S'il existe bien ainsi une liberté de ne pas établir une filiation, il n'existe pas de la même manière une puissance de ne pas l'instituer en droit lorsqu'elle a bien été initiée en fait.*

291. Toutefois, il serait erroné de limiter les cas où un abus est soulevé pour engager la responsabilité de celui qui refuse d'établir sa paternité aux situations dans lesquelles le père et l'enfant se sont effectivement côtoyés. Il est notamment admis que le comportement fautif peut être générateur de responsabilité dès lors qu'un abus du droit de se défendre est relevé⁴⁴⁵. Un tel abus est suffisant, sans qu'il soit besoin de chercher par ailleurs

⁴⁴³ Civ. 1^{ère}, 15 février 2012, n°10-27.196. Dans cette décision il s'agissait d'allouer des dommages intérêts à la mère et non pas à l'enfant. Ceux-ci n'ont pas été reconnus, au motif qu'en refusant d'admettre sa paternité il n'avait pas abusé du droit de se défendre. Il semble que cet arrêt illustre bien la préoccupation de ne pas faire de la reconnaissance d'enfant une obligation, et de n'engager la responsabilité que dans les espèces où la faute réside en une attitude positive de rejet de l'enfant et/ou de la mère.

⁴⁴⁴ En témoignent notamment ces mots du professeur René SAVATIER : « L'abus du droit nous semble constituer un cas de conflit entre le droit et la morale ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à un devoir moral », *Des effets et de la sanction du devoir moral*, Thèse, Poitiers, 1916, p. 23. Tandis que c'est la théorie de SAVATIER qui est appliquée lorsque l'on vise l'abus du droit de ne pas reconnaître, c'est de JOSSERAND que relèvent les analyses aux termes desquelles les juges condamnent l'abus du droit de se défendre contre une action en recherche de paternité, ou encore l'abus du droit de contester la filiation puisque c'est bien le détournement de ce droit qui est alors invoqué (cf. *infra*). L'on voit dès lors comment les deux théories de l'abus de droit peuvent se relayer, l'une étant à priori plus objective que l'autre.

⁴⁴⁵ Voir par exemple une décision récente de la Cour de cassation, dans laquelle elle a approuvé la cour d'appel de Douai qui avait condamné un père qui refusait de reconnaître sa paternité à verser à son fils dix mille euros de dommages et intérêts pour le préjudice subi. Outre le fait que le montant de cette réparation fait figure d'exception en la matière, où les juges sont habituellement plus que modérés, il est intéressant de noter que dans cette affaire, l'abus de droit est caractérisé par le fait que le père avait « usé de manœuvres dilatoires » (c'est

à qualifier les liens qui unissaient le père à son enfant, ni de qualifier le préjudice moral de ce dernier qui sera alors déduit des manœuvres dilatoires employées. Faut-il considérer qu'ici la rencontre n'a plus rien à voir avec la responsabilité ?

Il apparaîtrait en effet de prime abord que l'abus de droit, lorsqu'il est appliqué au droit de se défendre et non plus au droit de ne pas établir un lien de filiation, ne dépende plus du tout de la reconnaissance entre enfant et parent. Or, à bien y regarder, ce sont encore les sentiments blessés qui constituent le préjudice, et surtout, l'attitude condamnable consiste, dans ces situations exactement comme dans celles où le père use mal de la possibilité qui lui est offerte de ne pas établir son lien avec son enfant, en une obstination à ne pas instituer en droit ce qui est devenu une évidence en fait. Il s'agit toujours de condamner, par la responsabilité civile délictuelle, le comportement de l'homme qui n'est pas, ou plus, un inconnu lambda, mais un père reconnu, qui doit reconnaître en retour.

292. C'est peut-être ce qui explique le défaut de possibilité en théorie comme en jurisprudence, d'imaginer qu'un enfant puisse actuellement engager la responsabilité de sa mère biologique qui aurait demandé à conserver le secret de son identité ou à accoucher dans l'anonymat.

Sous-section II. L'ENGAGEMENT PROBLEMATIQUE DE LA RESPONSABILITE DE LA MERE BIOLOGIQUE INCONNUE

293. C'est parce que l'on s'attache à voir la mère comme débordée d'affects douloureux qu'elle ne peut pas être responsable lorsqu'elle choisit de ne pas établir le lien juridique de filiation qui l'unit à son enfant. Une décision d'accoucher sous X ne peut pas être prise de façon anticipée aux yeux du droit et ne peut pas non plus être immédiatement certaine et définitive. Elle est, hypothétiquement au moins, censé dépendre de considérations

alors la troisième fois que le père se pourvoit en cassation depuis 2001 !). De là, il suffit aux juges de dire que le préjudice moral est impliqué dans cet excès de procédures, qui conduisent à un inévitable sentiment de rejet du fils. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-15744.

purement intérieures⁴⁴⁶. Une telle décision n'engage pas cependant la responsabilité de celle qui ne reviendrait pas sur son choix. Les ressorts, qui doivent finalement être ramenées à des considérations affectives de fait, sur lesquels on fonde cette possibilité, relèvent de la même idée que ceux qui permettent aussi à un père de rejeter sa paternité, quoique les exceptions à ce principe ne soient pas acceptées.

Une telle différence, qui fait dans le cas de la mère obstacle à la reconnaissance d'une responsabilité, se trouve fondée certainement sur une différence fondamentale de situation (Paragraphe 1). Elle n'est pour autant pas à l'abri de toute remise en cause, et il n'est pas inenvisageable que des cas spécifiques, qui sont pour l'heure des cas d'école, ne conduisent à une responsabilité de la mère (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Rappel du principe et exposé des enjeux

294. A l'origine de la possibilité pour la mère de ne pas établir sa maternité à l'égard de l'enfant, il existe bien une considération de ses difficultés, qui ne peuvent être niées, ni même sous-estimées. Mais en droit, il faut aussi relever que cette possibilité trouve une justification tout à fait valable dans la différence radicale des situations du père qui, s'il est l'objet d'une action en recherche, est connu, et la mère qui, en accouchant sous x, n'est et ne sera pas connue. Si l'affect est concrètement observé, il est impossible de ne pas voir que ce point change très sensiblement la donne, et peut expliquer que les deux types d'absence d'établissement du lien de filiation ne puissent engendrer de la même manière la responsabilité.

⁴⁴⁶ Les problématiques douloureuses auxquelles est actuellement confronté le droit de la famille quant à la gestation pour autrui font écho à ces considérations puisqu'au-delà d'une interdiction fondée sur l'impossibilité de faire du corps humain une marchandise, qui serait contournée par une gratuité que l'on n'ose suggérer tant le « don » ainsi opéré paraîtrait surhumain, il serait possible d'admettre que l'affect de la femme est présumé suivre de si près le phénomène de la naissance que la possibilité de ne pas aimer et donc élever un enfant que l'on aurait porté ne doit en principe découler que d'un choix dont on peut rêver qu'il ne dépend que de l'exercice d'une liberté interne. Il s'en suivrait que le recours à une mère porteuse introduirait une rupture entre l'affectif et l'enfantement dès la grossesse — ce qui distingue fondamentalement cette situation de l'accouchement sous x — et impliquerait une décision maculée de considérations relatives au désir d'une autre personne. Ici le droit voudrait garantir la mère d'une volonté qui lui serait extérieure et qu'elle pourrait subir ; il pose un devoir-être de la liberté envisagée dans un absolu sans doute imaginaire d'abstraction de la personne

Cette différence cruciale qui sépare le cas du père qui refuse sa paternité et de la mère qui accouche dans l'anonymat (I), en touchant directement à la question de la connaissance, renvoie à celle de la connaissance des origines (II).

I. PERE CONNU ET MERE INCONNUE : DISTINCTION FONDAMENTALE DES SITUATIONS

295. Ici, l'enfant ne peut pas être blessé par une absence abstraite de mère, d'autant qu'il aura été adopté. Conformément à ce qu'il advient pour la responsabilité des pères qui refusent d'établir le lien de filiation, le parent demeuré anonyme, si on le retrouve fortuitement, ne pourra tomber sous le coup de l'article 1382 du Code civil.

Et même l'hypothèse, purement imaginaire dans l'état actuel de notre droit, dans laquelle l'enfant né sous x connaîtrait l'identité de sa mère, et serait en mesure de mener contre elle une action d'établissement de maternité, ne pourrait conduire à un engagement de la responsabilité de cette dernière. L'on voit bien que cette situation n'a pas les moyens de devenir autre chose qu'un cas d'école, puisque l'enfant abandonné à la naissance par ce procédé est systématiquement adopté en la forme plénière, ce qui lui interdit de mener une action en recherche de maternité, et puisqu'ensuite il est pratiquement impossible pour lui, en l'état actuel de notre législation, de découvrir l'identité de sa mère.

Au-delà, le préjudice et l'attitude fautive ne pourraient même pas se trouver constitués par un refus de la mère à admettre sa maternité, devenu abusif, l'article L.147-7⁴⁴⁷ du code de l'action sociale et des familles posant clairement le principe de l'ineffectivité de la découverte par une personne de ses origines. C'est une césure légale et unique dans notre droit qui est alors instaurée entre la biologie et la filiation : l'enfant né dans l'anonymat de sa mère peut découvrir la vérité de ses origines génétiques, mais il ne peut en espérer aucune conséquence juridique⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ « L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ». Cet article est une innovation de la loi du 22 janvier 2002.

⁴⁴⁸ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le lien parental », in *L.P.A.*, 1^{er} juillet 2004, n°131, p.70. L'auteur y indique notamment qu'« (...) il faut aussi, et peut-être surtout, attirer l'attention sur l'énigmatique

II. LE SENS DES ORIGINES EN QUESTION

296. Le terme « origines » lui-même est d'ailleurs employé ici d'une façon tout à fait singulière : il ne vise en effet précisément que les liens de la biologie qui ne pourront pas se traduire par un lien de droit. L'emploi systématique du pluriel pourrait bien symboliser de façon tout à la fois discrète et sensible la volonté, peut-être inconsciente, de démystifier cette connaissance du parent jusqu'à lors anonyme, mais en en faisant sans doute aussi un personnage abstrait qui ne vaudrait que pour ce qu'il peut représenter psychologiquement, sans vraiment pouvoir devenir *cette personne-là*, en qui je pourrais reconnaître non pas seulement mon code génétique ou le traitement de mes angoisses psychanalytiques, mais aussi, et plus entièrement, mon histoire.

Les « origines » seraient ainsi devenues un euphémisme de la filiation que l'on n'admet pas juridiquement, laquelle filiation implique bien tous les aspects de la transmission personnelle. Tout se passe comme si l'on avait voulu diviser en elle un seuil minimum qui relèverait d'un droit de la personne⁴⁴⁹, et une plénitude du lien qui ne serait de droit pour personne. Cette hypothèse est d'ailleurs confirmée par le fait que ce droit à la connaissance de ses origines est issu d'une interprétation, au demeurant contestée⁴⁵⁰, de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

article L. 147-7 du C.A.S.F. : « L'accès d'une personne sur ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation (...) ». Ce texte signifie assurément que l'accès aux origines ne crée pas de lien de filiation. Cela n'implique pas pour autant que la connaissance des origines ne permette pas, ensuite, une action en recherche de maternité ou de paternité, si les conditions en sont remplies, et il n'est dit nulle part que les preuves recueillies par le Conseil national pour les origines personnelles soient irrecevables dans ce type de procès. On mesure alors l'imprudence du législateur, qui a cru pouvoir dissocier origines génétiques et filiation juridique, alors que leur coïncidence est si prégnante dans notre société ».

⁴⁴⁹ Article 7-1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 : « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit également, par la protection du droit au respect de la vie familiale, le droit pour l'enfant d'être intégré dans sa famille ; CEDH, *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, cons.31 : « Tel que le conçoit l'article 8 (art. 8), le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. ».

⁴⁵⁰ Voir notamment Frédérique DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous x », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, P.U.S, L.G.D.J., Strasbourg, 1994, p.99 à 113. Dans sa conclusion, l'auteur invite son lecteur à considérer un aspect positif de l'accouchement sous x, dans lequel « l'anonymat pourra être perçu non pas comme un secret honteux ni comme un vide inadmissible mais comme l'expression d'une volonté à la fois douloureuse et nécessaire ». Cette phrase montre bien que la notion

297. En effet, cet article garantit le droit pour l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux, et l'on a pu objecter que la femme qui accouche dans l'anonymat n'est pas la mère, ou plutôt n'a pas voulu être la mère⁴⁵¹. Ainsi dissociées la transmission génétique de la parenté qui serait alors exclusivement sociologique, il serait possible de dire que la convention des Nations-Unies ne fonde pas un droit subjectif à la connaissance de son géniteur, mais seulement un droit à la connaissance de son parent.

Quoique cette interprétation restrictive ne soit pas exactement celle qui a cours devant les juges nationaux et internationaux, qui ont bien tendance à mêler la question des origines génétiques à celle de la parenté, elle permet de voir combien le lien parental est *a priori* conçu en France comme un lien volontaire. Mais il y a plus en vérité. Ce lien que l'on dit volontaire, ne serait-il pas établi si la mère n'était plus anonyme ? Il faudrait donner à cette question une réponse affirmative. C'est encore une fois la reconnaissance qui aura eu lieu entre l'enfant et celui qui passe alors du statut de géniteur à celui de parent, *qu'il le veuille ou non*.

298. Cette division du lien parental qu'exprime l'emploi du terme « origines », paraît mieux mise en lumière par le fait que soit ici présenté un cas d'exclusion *a priori* de toute responsabilité⁴⁵², alors même que le principe de la responsabilité civile a une valeur constitutionnelle, mais alors aussi que l'esprit de l'accouchement dans le secret semble s'opposer à ce que cette mère en détresse puisse être considérée plus tard comme *fautive*.

d'anonymat est ici centrale, et qu'elle noue dans ce cas son sens autour de la volonté. Pour autant, si l'anonymat est rompu, le parent ne peut plus refuser d'être ce qu'il est, et c'est à notre sens justement parce qu'ils en ont conscience que beaucoup d'auteurs maintiennent cette condition de l'anonymat. Voir aussi Irène THERY, « Convention des Nations Unies et idéologie des nouveaux droits de l'enfant », in *Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant*, Confrontations européennes régionales, Lyon, 1991, p.333 à 341. L'auteur montre dans cet article qui a gardé toute son actualité, comment s'opposent dans cette Convention l'idée, inspirée de Kant et de Condorcet, d'une protection de l'enfant en tant qu'il est fragile et non autonome, et l'idée, d'inspiration anglo-saxonne, d'une libération de l'enfant en tant qu'il est déjà un individu autonome. Le texte onusien est ainsi « ambigu », parce qu'il consacre l'une et l'autre de ces idéologies, en promouvant à la fois les droits spécifiques de l'enfant mineur et les droits qui supposent d'être exercés par leur bénéficiaire, qui ne le pourra donc qu'une fois devenu adulte.

⁴⁵¹ Frédérique DREIFUSS-NETTER, *op. cit.* : « la femme qui a refusé d'être mère ou le généreux pourvoyeur de sperme qui n'a pas souhaité être père ne sont pas des « parents » au sens de la Convention des droits de l'enfant. Il est tout à fait curieux de constater comment le « droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » est devenu sous la plume des auteurs le « droit à connaître ses origines » (...) le droit de connaître ses origines, s'il était reconnu par un texte, concernerait aussi bien les adultes que les enfants », p.112.

⁴⁵² C'est ce que remarque un professionnel militant en faveur de l'accès aux origines, en arguant de véritables cas de « rapt d'enfants », pour lesquels il est injuste de ne pas permettre la réparation. Cf. Pierre VERDIER, (ancien directeur de la DDASS, ancien président du CNAOP, président de la Coordination des actions pour le droit à la connaissance des origines au moment de l'article), « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », in *AJ Famille*, 2003, p.92.

Paragraphe 2. Remise en cause du principe et responsabilité prospective

299. Il est assez régulièrement question de ne plus permettre que l'anonymat de la mère soit total. Pour autant, de l'admission d'une action en recherche de maternité contre elle à celle d'une responsabilité il y a encore loin et il ne serait pas prudent de croire la possibilité d'une telle responsabilité éminente. Il est vrai pourtant que la prohibition d'une telle responsabilité acquiert dans ce cas un caractère presque insurmontable qui ne peut aller sans soulever quelques critiques. Cette question achoppe en fait sur une impossible mise en balance du bien de l'enfant et du bien de la mère sous l'angle par lequel ils sont abordés actuellement (I). Une voie de conciliation pourtant peut se dessiner, si la responsabilité est regardée comme un engagement (II).

I. IMPOSSIBLE BALANCE DES INTERETS ENTRE LA MERE ET L'ENFANT

300. Le principe de cette impossibilité d'engager la responsabilité de la femme qui n'établit pas sa maternité, quoique validée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Odièvre⁴⁵³, pourrait cependant être remis en cause si le rapport

⁴⁵³ CEDH, *Odièvre c/ France*, 13 février 2003, cons. 47 : « La Cour observe que les Etats contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, au moins sur l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de sa mère biologique, dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. Elle note cependant que certains pays ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et que des pratiques d'abandon sont avérées dans plusieurs autres engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme. Elle en déduit que face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction. ». Ajoutons aussi que dans sa réponse à une question prioritaire de constitutionnalité sur l'accouchement anonyme, le conseil constitutionnel a tout récemment réaffirmé la constitutionnalité des articles l'autorisant. Voir Cons. const., décision n° 2012-248, QPC du 16 mai 2012. Il serait peut-être intéressant de demander au conseil constitutionnel si le fait de prohiber tout engagement de la responsabilité a priori dans ce cas est conforme à la constitution...

Barèges devait donner lieu à une modification de la loi⁴⁵⁴. En effet, ce rapport préconise la levée du secret de l'identité de la mère à la demande de l'enfant devenu majeur, ce qui devrait en théorie lui permettre de faire établir sa filiation maternelle, toujours sous réserve qu'il n'ait été adopté. Cette condition demeurerait, et contribuerait à n'ouvrir cette possibilité qu'à un nombre extrêmement réduit d'enfants. Toutefois, il peut être difficile d'envisager qu'une femme ayant souhaité accoucher dans ces conditions accueille toujours favorablement le retour de l'enfant qu'elle a choisi, nécessairement douloureusement, d'abandonner. C'est alors que la responsabilité qui échoit au père refusant de faire établir sa filiation pourrait bien finir par incomber sur le même principe à la mère qui n'est plus anonyme.

301. Un problème de compatibilité, au moins théorique, entre le principe de la responsabilité et l'article L.147-7, pour lequel le rapport Barèges ne prévoit pas de modifications, apparaît alors. La logique du système de l'accouchement secret mais non anonyme élaboré par cette commission parlementaire commanderait pourtant qu'il ne soit plus fait obstacle aux conséquences juridiques de la parenté. Il est vrai que dans l'esprit du rapport Barèges, il s'agit de permettre des retrouvailles aussi sereines que possible, sans culpabiliser la mère qui a agi ainsi, et sans trop heurter celui ou celle qui est confronté à cette découverte. C'est ainsi que l'une des propositions prévoit un accompagnement psychologique des deux parties. Dans un tel contexte, il aurait été assez surprenant d'organiser une responsabilité civile, ou du moins de la libérer en levant les empêchements prévus par l'article L.147-7 du Code de l'action sociale et des familles.

Pourtant, sans remettre nécessairement en cause la possibilité de cet accouchement dans le secret, bien ancrée dans notre droit, il ne serait sans doute pas impossible d'admettre une hypothèse de responsabilité de la mère à l'égard de l'enfant.

⁴⁵⁴ La proposition de loi de Madame la Députée Brigitte BAREGES du 21 novembre 2008 n'avait pas abouti, et la loi du 16 janvier 2009, ne saurait être considérée comme une conséquence du rapport remis par elle dans la mesure où elle n'a, en matière d'accouchement sous X, que supprimé la fin de non recevoir de l'action en recherche de maternité.

II. CONCILIATION DE LA LIBERTE DE LA MERE ET DE LA RESPONSABILITE PARENTALE COMME ENGAGEMENT

302. Cette responsabilité ne pourrait commencer à exister qu'à partir du moment où l'enfant connaît sa mère, le fait générateur ne pouvant être recherché à l'époque où cette dernière a demandé le secret de son identité, mais bien lors des retrouvailles, auxquelles elle devrait s'opposer de façon préjudiciable. Sa faute résulterait certainement de l'obstination avec laquelle elle refuserait une maternité, et peut-être également de la gratuité de ce refus. Si la première condition d'engagement de sa responsabilité pourrait être assez aisément admise, quoique l'on doive alors se préparer à affronter les mêmes difficultés de qualification que dans l'examen de l'abus commis par le père biologique qui n'établit pas sa filiation, la seconde serait une spécificité de la responsabilité de la femme ayant choisi de ne pas instituer sa maternité à l'égard de l'enfant dont elle a accouché. En effet, contrairement à ce qu'il advient en matière de paternité, le choix de la mère est toujours regardé comme douloureux, voire sacrificiel⁴⁵⁵. Ainsi, la femme qui, lors de sa rencontre avec l'enfant mis au monde au moins dix-huit ans plus tôt, serait toujours en proie à une immense détresse ne devrait évidemment pas se trouver alors exposée au risque de l'engagement de sa responsabilité.

303. Cette évidence, que commande la compassion, inviterait donc à interpréter très strictement les cas où la responsabilité civile délictuelle de la mère ayant accouché dans le secret pourrait être engagée vis-à-vis de son enfant, tout en ne fermant pas

⁴⁵⁵ S'il y a en vérité peu d'accouchement sous x chaque année en France, pour les deux cas les plus célèbres de la jurisprudence des dernières années, la mère a mis fin à ses jours lorsque l'enfant est né. Sans faire de ces deux affaires des archétypes de cette difficile situation humaine, cela démontre bien la profondeur de la détresse de ses femmes. Selon l'institut national d'études démographiques, depuis 2005, le nombre d'accouchement dans le secret a légèrement augmenté ces dernières années, puisqu'il est passé de 588 à environ 700 en 2010. Cf. http://www.ined.fr/fr/ressources_documentation/focus_sur/les_accouchements_sous_x_en_france/, consulté le 18 janvier 2013. Il faut remarquer toutefois que cette augmentation du nombre d'accouchement dans l'anonymat doit être relativisée dans la mesure où, en 1993, le nombre d'enfants nés sous x remis à l'aide sociale à l'enfance oscillait déjà entre 500 et 700 (cf. Brigitte TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, P.U.S., L.G.D.J., Strasbourg, 1994, p.513 à 531). Il semblerait donc qu'en réalité cette forme particulière d'abandon soit pratiquée par un nombre irréductible de femmes, qui aurait peu évolué en vingt ans. Il n'existe pas à notre connaissance d'études officielles relatant l'état psychologique de la mère suite à un tel accouchement, ce qui constitue très certainement un manque dans l'approche que l'on doit avoir de cette pratique.

entièrement la porte à cette possibilité, qui semblerait devoir être le corolaire inévitable de la reconnaissance mutuelle de la mère et de l'enfant.

L'on voit bien comment la jurisprudence pourrait une nouvelle fois intervenir de façon décisive dans la construction de ce lien de responsabilité, dont l'actualisation est pour le moment chimérique, mais qui pourrait bien devenir prochainement sensible⁴⁵⁶.

304. Outre les situations dans lesquelles le parent refuse de s'engager en tant que parent, les cas dans lesquels ce dernier conteste sa place de façon abusive, après l'avoir pourtant admise, sont également révélateurs de l'emprise de l'élément affectif déficient ou égoïste sur l'application de la responsabilité civile. Ces cas néanmoins ne relèvent plus d'un engagement parental, mais d'une réponse donnée en vertu de cet engagement⁴⁵⁷.

Le lien parental peut ainsi en tout cas être éclairé par la responsabilité, si elle est comprise comme un engagement tourné vers l'avenir, et au regard d'un affect concret.

⁴⁵⁶ Un autre lien de responsabilité qu'il faudrait envisager, et qui sera jugé moins hypothétique, est celui qui peut unir la mère désireuse d'accoucher sous x et le père de l'enfant, de son côté soucieux de l'élever et de faire établir sa filiation. Pourrait-il engager la responsabilité de celle avec qui il a conçu son enfant, non bien sûr au titre de son désir de ne pas établir sa maternité, mais au titre des obstacles qu'elle aurait placé sur sa route pour que lui puisse faire valoir sa place ? Cela paraît difficile en l'état actuel du droit, puisque l'accouchement dans l'anonymat ne peut actuellement pas être sans rejet complet du père. En cet endroit, les solutions proposées par le rapport Barèges paraissent améliorer largement la position du père, puisque ce rapport favorise les reconnaissances qu'il pourrait faire de façon anticipée, et surtout dans la mesure où il vise à leur redonner du poids face aux décisions de la mère. Si un choix a été fait de ne pas analyser ce point dans le corps de notre réflexion et de manière plus approfondie, c'est parce que la responsabilité, certes à propos de l'enfant, joue ici en réalité dans la relation du couple uniquement. L'histoire du petit Benjamin avait illustré tragiquement les difficultés que rencontre alors le père à se faire reconnaître comme tel lorsque la mère a décidé de l'exclure. Malheureusement, en l'espèce, la détresse était trop insupportable à cette femme qui a mis fin à ses jours. Il faut signaler également l'affaire récemment démêlée par les juges de la cour d'appel d'Angers. En cette espèce, la mère d'Helena a accouché sous x, mais a paradoxalement présenté la fillette à ses parents, ainsi qu'à ses frères et sœurs. Les grands-parents de fait de l'enfant tentent de faire annuler l'arrêté faisant d'Helena une pupille de l'état, et réclament par ailleurs que des examens sanguins soient pratiqués dans le but de prouver le lien familial qui les unit. Ils espèrent que ce lien biologique, ainsi que les relations affectives qu'ils ont pu nouer avec l'enfant lorsqu'elle venait de naître, leur permettra d'obtenir sa garde. On voit bien ici comment l'élément affectif vient soutenir un élément biologique. Angers, 26 janvier 2011, n°10/01339, D. 2011, p. 442, obs. I. GALLMEISTER et p.1053, note T. GARE ; AJ Fam. 2011, p.156, obs. François CHENEDE, et p.63, édito Valérie AVENAROBARDET ; Dr. Fam. 2011, comm 37, note Claire NEIRINCK, et focus 17, obs. Marie LAMARCHE ; JCP G 2011, p.298, note Adeline GOUTTENOIRE.

⁴⁵⁷ Cf. *infra*. p. 173 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

305. La responsabilité, en tant qu'engagement pour une valeur donnée, mais incarnée dans la relation affective, est constitutive du couple, marié ou non, ou du lien de filiation, et elle est causée par un affect spécifique. En de nombreuses situations, c'est la présence d'un élément affectif dans la relation familiale visée qui motive l'engagement, et donc la responsabilité qui s'en suivra, mais qui en fait existe déjà pour l'avenir. Ce sens spécifique de la responsabilité dans la famille ne peut pourtant suffire à démontrer que l'affect y tient une place originale. En effet, l'engagement représente aussi bien une manière d'être inséré dans une situation donnée⁴⁵⁸.

306. Concrètement la responsabilité ne correspond pas seulement à un engagement tourné vers l'avenir, dont la source se situe dans une valeur dont jouit le couple en tant qu'unité dans laquelle se joignent les « multiples » que sont ses deux protagonistes. **Elle est aussi, et peut-être d'un point de vue plus strictement juridique, un mécanisme de compensation lorsqu'un manque est notable.** La responsabilité consiste alors en une réponse due en raison de nos actes déjà accomplis qui doit être examinée par les spécificités qu'elle exprime en s'exerçant dans le couple, puisque là encore le droit agit en parfaite conscience de la relative autonomie de l'élément affectif.

307. L'élément affectif semble bien pouvoir donner un sens particulier à la responsabilité familiale, dont le fonctionnement ne peut entièrement se comprendre si l'on ne la considère pas aussi comme un engagement pour l'avenir.

Cette thèse à laquelle on parvient, ne correspond pas à la conscience classique que l'on a d'une responsabilité qui intervient toujours *a posteriori*, pour réparer ou sanctionner le mal

⁴⁵⁸ On peut s'en référer aux très belles définitions de l'engagement qu'a livré Maurice NEDONCELLE, dans *De la fidélité*, Philosophie de l'esprit, Aubier, Paris, 1953, p. 26 et s. « J'appelle engagement au sens objectif une situation qui oblige un être à prendre des attributs dont dépendront son existence ou la valeur de son existence (...). Et toutes ces situations le situent lui-même, lui posent pour ainsi dire une question à laquelle il doit donner une réponse ; (...). J'appelle engagement au sens subjectif l'acte par lequel un être crée lui-même la situation qui l'engage (...) ».

qui aura été commis. Elle n'est pourtant pas dénuée d'intérêt lorsqu'il faut éclairer les mécanismes de la responsabilité dans la famille.

Les engagements qui y sont pris ne sont guère d'ordinares actes juridiques, puisque les effets que l'on vise ne sont jamais seulement juridique et puisque les prévisions des parties portent sur leur vie quotidienne et intime.

De la même manière, les mouvements qu'ont les personnes les unes envers les autres ne peuvent non plus entrer sans réserves dans la catégorie des faits juridiques, puisque ils sont bien le signe d'une volonté d'unir les situations des personnes.

308. La responsabilité familiale est donc paradoxalement à la fois une responsabilité exemplaire, qui condamne, répare et norme les comportements des personnes, et une responsabilité extra ordinaire, en ce qu'elle joue dans la famille un rôle fondateur, lequel s'explique par la relation affective qui existe entre ses membres.

309. Une fois découverte la place particulière de cet élément affectif dans la responsabilité familiale, il faut encore déterminer si des conséquences particulières en découlent, puisque le fait qu'une source de la responsabilité jusque là méconnue soit mise à jour ne permet pas à lui seul de conclure à une efficacité particulière de cette source dans le régime juridique étudié.

Chapitre 2. LA RESPONSABILITE FAMILIALE COMME REPONSE

310. La responsabilité qui constitue la famille, marque un engagement dans une situation humaine donnée, sur laquelle pèse l'élément affectif qui lie chacun de ses membres, mais aussi la sympathie, cette fois-ci extérieure à l'union, qui ordonnera le jugement porté sur lui, et notamment le jugement de responsabilité.

L'engagement qui a été pris de garantir son comportement envers l'autre entraîne par suite le respect d'un principe selon lequel il faudra répondre des manquements aux obligations que l'on aurait soi-même attachées à sa personne. Pour essayer de comprendre si et comment la réponse exigée dans le couple et dans la filiation se singularise, il faudrait déterminer si l'affect y joue un rôle spécifique, influençant alors la responsabilité familiale. Car s'il avait effectivement une place dans la visée de l'engagement pris pour l'avenir, sa fonction dans la responsabilité qui est engagée pour le passé reste encore à éclairer⁴⁵⁹.

311. Ainsi, lorsque la responsabilité prend sa forme « négative », et joue dans la famille, **elle peut être une réponse donnée et attendue** parce qu'une faute ou un comportement illicite aura eu lieu, causant un dommage. C'est d'une responsabilité au sens plus classique de ce terme qu'il s'agit alors. Dans le lien conjugal, cette responsabilité est engagée pour un événement de la vie du couple qui serait imputable à l'un des époux, mais elle peut aussi consister en une continuité de certaines obligations envers l'autre, en vertu de la faute que l'on aurait commise et qui, par principe, serait constituée par une atteinte à l'engagement auquel l'on s'était attaché, malgré que l'élément affectif n'existe plus entre ces deux personnes. En clair, elle peut s'attacher aussi bien à des rapports qui se déroulent pendant la vie du couple, qu'au moment de la désunion.

Dans les liens de filiation elle joue surtout dans le cadre d'une dissociation de l'aspect biologique et de l'aspect légal, lorsque le parent biologique par exemple conteste abusivement sa filiation, ou lorsqu'un parent légal invoque la biologie pour se soustraire à ses devoirs.

⁴⁵⁹ En suivant les catégories de l'engagement de NEDONCELLE, op. cit., la responsabilité pour l'avenir serait l'engagement au sens subjectif, et la responsabilité pour le passé, comme réponse, serait plutôt du côté de l'engagement au sens objectif.

Dans ces deux cas de figure, il est certain que la responsabilité engagée se fonde sur un élément affectif que l'on estime d'une part blessé pour la victime, et d'autre part non conforme à une normativité pour le responsable.

L'affect apparaît en tout cas comme un moteur effectif de la responsabilité qui s'exerce dans la couple (Section I), aussi bien que dans les relations filiales (Section II), parce qu'il fonde le sens et la portée de la réponse à donner.

Section I. Fondement affectif d'une responsabilité conjugale

312. Ainsi donc, **l'observation systématique des apparitions de la responsabilité** sous cette forme d'une réponse donnée dans le couple, doit permettre de déterminer de quelle manière l'affect intervient, et s'il contribue à singulariser les fautes autant que les préjudices qui sont regardés.

Chacun des critères de l'engagement de la responsabilité dans le couple doit être étudié (Sous-section I). Au-delà ensuite de la classification qui peut en être faite, et qui devrait montrer si l'affection y a une présence significative, la recherche de la valeur qui se dégage d'elle doit être conduite, sachant que celle-ci devrait ouvrir à un questionnement dont l'actualité est brûlante : celui de l'existence d'un éventuel droit subjectif à une « normalité » conjugale. (Sous-section II).

Sous-section I. CLASSIFICATION DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE DANS LE COUPLE

313. **Il n'est pas nécessaire que l'élément affectif soit explicitement invoqué pour que l'on comprenne que les éléments de faits ou de droit retenus pour engager la responsabilité le sont pour lui**, comme instruments de présomption. L'élément affectif est présent de façon plus ou moins claire et sous-jacente, et paraît intervenir sur les qualifications retenues des fautes, des préjudices et de la causalité retenue dans le couple. Cette thèse s'appuie sur l'étude concrète des indices saisis par le législateur et par le juge pour fonder la responsabilité civile dont il faut tenter d'établir la typologie. En effet, le sens des critères employés ne pourrait se dégager sans leur analyse systématique, qui doit passer par leur mise en ordre⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Puisque la classification opérée vise à établir un système cohérent d'analyse du sens des critères concrets de la responsabilité, cette dernière ne prétend pas rénover les typologies purement juridiques, mais simplement proposer d'autres schémas d'étude.

Parmi les faits qui sont susceptibles d'engager une responsabilité entre les membres du couple, la classification qui doit s'opérer pourrait reposer sur une distinction de la responsabilité reposant sur un événement de la vie conjugale, et de la responsabilité qui est engagée au moment de « la désunion du couple » ou dans sa « faillite »⁴⁶¹, parfois en vertu du lien ancien plus qu'en vertu de cette rupture elle-même⁴⁶². Une telle distinction néanmoins pourrait ne pas être la plus efficace dès lors que d'abord, c'est en pratique plutôt au moment de la fin du couple que ces faits sont invoqués ensemble au fondement d'une responsabilité, et dès lors qu'ensuite ce n'est pas sur ce mode que les critères d'engagement de la responsabilité varient.

De la même manière, une classification reposant sur les formes d'union, qui distinguerait la responsabilité des époux d'un côté, de celle fondée par exemple sur les obligations naturelles qui peuvent éventuellement subsister entre anciens concubins⁴⁶³, ou bien sûr l'engagement d'une responsabilité à la rupture d'un pacte civil de solidarité⁴⁶⁴ présenterait deux inconvénients. Elle ne traduirait pas d'une part le fait que, du strict point de vue de la responsabilité, le mariage puisse avoir une valeur d'idéal type. Et d'autre part, elle reviendrait sans doute à créer des distinctions artificielles entre les fautes.

314. Il apparaît ainsi que **l'axe, autour duquel la classification des critères de la responsabilité dans le couple pourrait s'organiser efficacement, devrait plutôt reposer sur la responsabilité elle-même** que sur les situations du couple. La distinction des

⁴⁶¹ Voir par exemple pour une jurisprudence récente : CA Rouen, Ch. de la famille, n°10/02174, 24 mars 2011, ou encore CA Metz, Ch. de la famille, n°07/02853, 11 mai 2010. Peut-être peut-on se risquer à s'interroger sur le sens éventuel que l'on pourrait donner aux différents vocables employés par les juges du fond, qui usent plus rarement du terme, pourtant dédié à ces cas semble-t-il de « rupture », comme si la « désunion » était moins pénible humainement. Il est vrai que cela s'inscrit dans le mouvement général de la dédramatisation des ruptures notamment conjugales, mais une volonté de permettre par le droit un apaisement ne devrait pas nier les difficultés humaines rencontrées. Par ailleurs, le terme « faillite » de plus en plus usité, renvoi tristement à un point du droit commercial, comme si l'on pouvait en fait « déshumaniser » la fin du couple.

⁴⁶² On peut penser à la prestation compensatoire par exemple.

⁴⁶³ Sans en dire davantage puisque tel n'est pas notre propos immédiat, on peut remarquer avec Sonia BEN HADJ YAHIA dans le *Répertoire de droit civil* qu'une compensation quasiment similaire à la prestation compensatoire n'est pas rare, et que celle-ci peut prendre la forme d'une rente mensuelle (alors que l'on sait que le législateur a accordé en 2004 en matière de prestation compensatoire une préférence à son versement sous la forme d'un capital, la forme de la rente devenant l'exception) versée durant plusieurs années (alors que la limite est de 8 ans pour la prestation compensatoire). Voir par exemple : Riom, 6 mars 2001, *RTD. Civ.*, 2002, p.490, obs. Jean HAUSER. Ici comme ailleurs, l'absence d'encadrement autre que par l'article 1235 du code civil, rends la situation des anciens concubins plus délicate que celle des anciens époux de ce point de vue.

⁴⁶⁴ Bien qu'il existe de nombreuses difficultés relatives à la détermination de la nature contractuelle ou délictuelle d'une telle responsabilité entre partenaires, il semble que l'on puisse bien distinguer la nature de la réponse due après le couple, de celle qui est exigée en vertu du couple. Pour une analyse des conséquences pécuniaires de la rupture du PACS pour les ex-partenaires, voir Nadège BARBIER, Matthias MARTIN, Aurélie MUSSIER, Jacqueline PASSALACQUA, Estelle VAGOST, « PACS : à quand le coming-out de la prestation compensatoire ? », *AJ Famille*, éditions Dalloz, 2011, p.201

responsabilités contractuelle et délictuelle est ainsi celui qui présente l'avantage de ne pas nuire à la découverte éventuelle d'une unité dans les responsabilités du couple, sans nuire non plus à la mise en lumière de difficultés particulières, relatives justement à la détermination de la nature de la responsabilité engagée lorsqu'une réponse doit être donnée pour le passé. La faute et ses évolutions, en ce qu'elle n'est pas en principe réductible à l'erreur⁴⁶⁵, peuvent de cette manière être visées non seulement dans des situations telles que l'enrichissement sans cause ou l'utilisation de l'article 266 du Code civil, en une étude permettant la synthèse.

315. En suivant donc la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle dans le couple, à l'intérieur de laquelle s'inscriront les situations spécifiques préjudiciables, il est donc nécessaire de découvrir d'abord de quelle manière chacun des critères de la responsabilité est retenu (Paragraphe 1), pour en tirer un sens, une direction générale, apte à révéler une éventuelle singularité de la responsabilité dans le couple, et, si tel était le cas, la cause de cette singularité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Critères des responsabilités contractuelle et délictuelle dans le couple

316. Outre son efficacité pratique, **la distinction de la responsabilité contractuelle ou quasi contractuelle d'une part, et de la responsabilité délictuelle d'autre part, peut présenter un avantage théorique**, pour l'explication du rôle de l'affect dans son fondement. En effet, il s'avère que lorsque le contrat est considéré comme la base sur laquelle repose la responsabilité, il est notable que son jeu soit limité, ou en tout cas, modelé, par une certaine idée de la gratuité qui devrait exister dans le couple. Sans être explicitement nommé, la gratuité ne peut qu'évoquer l'affect⁴⁶⁶, et se justifie sans doute par lui, alors qu'elle est bien ce qui pondère l'application des règles de la responsabilité lorsqu'elle vise les membres d'un couple. Lorsqu'au contraire la responsabilité engagée est délictuelle, parce que le statut légal

⁴⁶⁵ Il existe donc une polarisation du droit entre rejet d'une faute interchangeable avec une idée d'échec du couple dont personne ne serait responsable, et les mécanismes de la responsabilité qui sont bien nécessaires pour régler les conflits qui surgissent alors. Toute l'évolution qu'avait remarquée Léon HUSSON, dans *Les transformations de la responsabilité* au sujet d'une responsabilité sans faute trouve une actualité nouvelle dans les rapports juridiques du couple.

⁴⁶⁶ Cf. *supra* sur le caractère essentiel de la gratuité dans l'affect, p. 76.

du couple a été trahit, c'est à un autre aspect de l'affect que l'on semble se référer implicitement : le pardon paraît en effet être la valeur mise en balance dans l'évaluation des fautes et des préjudices des époux⁴⁶⁷.

En étudiant donc la responsabilité contractuelle engagée dans le couple, on découvre que l'affect la limite par son caractère gratuit (I), tandis que la responsabilité délictuelle conduit à la reconnaissance d'une volonté d'inscrire le pardon dans les rapports du couple (II).

I. RESPONSABILITE CONTRACTUELLE ET QUASI CONTRACTUELLE

DANS LE COUPLE : RESPONSABILITE ET GRATUITE

317. Entre le contrat et le quasi contrat, il semble exister une différence dans la façon dont l'affect intervient. Une telle différence paraît au fond logique dans la mesure où le contrat d'une part, au regard des débats qui existent sur la nature contractuelle de l'engagement du couple⁴⁶⁸, paraît intimement lié à l'union conjugale (A), tandis que le quasi contrat pourrait y tenir une place plus ambivalente (B). Ces premières vues sur les places respectives de chacune de ces responsabilités seront pourtant mise à mal par l'étude précise de leurs critères d'engagement.

A. Support affectif propre à l'engagement d'une responsabilité contractuelle

318. Si le contrat paraît bien lié à l'engagement du couple, il est pourtant mis à distance lorsque la responsabilité n'est plus un engagement pour l'avenir, mais une réponse pour le passé. En effet, les règles de la solidarité entravent l'engagement d'une

⁴⁶⁷ Le pardon pourrait être entendu comme relevant de la gratuité dans le sens le plus large et le plus haut qui a pu être retenu de cette notion jusqu'ici. Mais cette fois-ci la gratuité est surtout relative à l'absence de contrepartie financière.

⁴⁶⁸ Cf. *supra*. p. 126.

responsabilité contractuelle (1), et la gratuité essentielle de l'affect explique peut-être la façon dont cette solidarité est reçue (2).

1. Application des règles de la solidarité et affaiblissement de la portée de la responsabilité contractuelle

319. La responsabilité qui joue dans le couple comme une réponse que l'on se doit d'apporter dans une situation donnée est contrainte en droit de prendre la voie contractuelle ou la voie délictuelle⁴⁶⁹, et chacune d'elle obéit à un postulat normatif.

Les relations contractuelles qui lient entre eux les membres du couple face à un tiers créancier sont volontairement passées sous silence ici puisque les règles de la solidarité ne sont limitées que par un critère relatif à la cause de la dette contractée, celui des « besoins du ménage »⁴⁷⁰. Quoique cette solidarité soit un mécanisme propre aux couples mariés ou pacsés, elle n'est pas au fond signifiant pour notre étude, son application étant finalement assez mécanique. Ni la forme du couple, ni la nature de la dette contractée, dont elle dépend, ne sont des critères relatifs à l'engagement concret des membres du couple l'un envers l'autre.

320. Il aurait pu en aller de même pour les créances au sein du couple, qui ne relèveraient d'aucun particularisme, comme le prétendent déjà ceux qui estiment que le droit des obligations s'y applique⁴⁷¹. Cela pourrait certes s'expliquer par une approche plutôt

⁴⁶⁹ La responsabilité pénale quant à elle ne sera pas étudiée ici, puisque il semblerait que celle-ci ne puisse pas être considérée comme particulière en ce qu'elle constituerait le couple. C'est dans une seconde partie que sera abordée logiquement une telle responsabilité qui n'apparaîtra pas comme constitutive du couple, mais, en prenant en quelque sorte le problème en un autre sens, dont l'appréciation par le droit sera modulée par le lien affectif préexistant, ou du moins *qui aurait dû préexister*, entre la victime et l'auteur du dommage ou entre l'auteur du dommage et sa famille.

⁴⁷⁰ Les couples de concubins sont ici exclus dans la mesure où, par définition, leur vie commune ne donne lieu à aucune solidarité à l'égard des dettes contractées, dettes qui le seront d'ailleurs nécessairement par l'un ou l'autre, mais jamais pas les deux, sauf pour ce qui est d'un éventuel loyer, mais alors la solidarité existerait tout aussi bien entre deux colocataires et aucune attention n'est prêtée à la nature singulière des relations unissant ces deux personnes. En revanche, les couples mariés ou PACSés se verront appliquer des critères assez significativement similaires quant à la reconnaissance ou au rejet par le juge d'une exception au principe de la solidarité. Précisons encore pour le mariage que le droit des sûretés ainsi que le droit des régimes matrimoniaux prévoient qu'une telle solidarité ne peut jouer pour les dettes contractées par l'un des époux marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, et engageant le patrimoine commun du couple ou le patrimoine propre de son conjoint pour une dette non nécessaire à la vie du ménage, que s'il a obtenu l'accord exprès de ce dernier. Une telle restriction aux dettes contractées pour les besoins de la communauté s'applique en principe aux partenaires. S'il est possible pour eux de déroger au principe de la solidarité à l'égard des créanciers, il ne leur est pas permis de s'y soustraire pour ce qui concerne les créances nées d'un engagement dont le couple ne pouvait se passer.

⁴⁷¹ Patrice HILT, « Les créances au sein du couple : des créances ordinaires ? », *AJ Famille*, éditions Dalloz, 2006, p.231. L'auteur y relève en effet que ces créances « sont des créances ordinaires qui ne se trouvent nullement affectées par les liens sentimentaux unissant le créancier au débiteur. Tout juste peut-on percevoir, ici

automatique de cette responsabilité, dont l'objet semble même mathématique, quoique cette compréhension *a priori* rigoureusement objective des dettes que l'un des époux contracterait envers l'autre ne puisse en vérité se passer de la détermination ambiguë de ce qui constituera le seuil au-delà duquel l'entraide excède celle que les auteurs et les praticiens qualifient volontiers de « normale ».

2. Responsabilité contractuelle et détermination d'un « seuil » de gratuité

321. Cette frontière subjective l'est à plusieurs égards puisqu'il est d'abord évident que la normalité ne peut pas être un concept utile en droit de la famille⁴⁷², et que du moins elle est un fondement bien fragile pour l'engagement d'une responsabilité pourtant quantitativement non négligeable, et qualitativement assez empreinte de nouvelles significations sociales du couple. Ensuite, le seuil au-delà duquel le comportement relevant d'un abus de la part de l'autre conjoint sera éminemment dépendant de considérations relatives à la situation particulière du couple examinée par les juges. Une fois encore, ce qui serait au fond un problème de calcul devient un véritable problème de théorie juridique et de philosophie du droit dès que l'on tente d'en éclairer les tenants et les aboutissants en droit de la famille.

322. L'examen d'une responsabilité contractuelle dans le couple instiguera toujours celui d'un seuil de gratuité — bien que la gratuité soit bien essentiellement exclue de tout comptage, et partant des possibilités d'action de la rétribution qu'organise le droit. Puisqu'il est admis qu'il existe dans le couple, à un niveau plus ou moins élevé selon la situation objective et statutaire, mais aussi subjective et relative à l'histoire propre de ses deux protagonistes, une forme nécessaire du don, il est impossible d'appliquer strictement le droit des obligations. Les dettes et les créances se fondent et se confondent sans cesse là où la vie est partagée, d'autant qu'entrent dans les équivalences établies par les époux, les concubins ou les partenaires des considérations purement personnelles, concrètes et impondérables.

et là, des incursions du droit des récompenses, précisément lorsque la créance est née au sein d'un couple marié ». Il démontre dans son article que les créances qu'il nomme « familiales » naissent comme toutes les autres et se voient appliquer le même régime que celui prévu par le droit des obligations. Patrice HILT note d'ailleurs que la seule distinction qui pourrait être relevée est celle de la « valorisation » qui existe pour les couples mariés (et pacésés). Pour le reste, ce qui est organisé par les régimes matrimoniaux calque généralement les procédés du droit des obligations.

⁴⁷² Cf. *infra*, p.232

B. Support affectif propre à l'engagement d'une responsabilité quasi-contractuelle

323. Dans le cas des quasi-contrats, à savoir principalement l'enrichissement sans cause, **la difficulté tient encore à ce qu'il faut bien distinguer de la donation**, qui a vocation à s'appliquer dans le couple puisque la gratuité, y est de mise. Pourtant les mécanismes de l'action *de in rem verso* sont admis depuis longtemps entre concubins⁴⁷³, mais aussi entre époux⁴⁷⁴. Quant aux partenaires, rien n'interdit, en principe, une telle action entre eux⁴⁷⁵. Cela implique donc l'existence d'un seuil fixé par les juges au-delà duquel le don, par nature incommensurable, devient excessif. L'affect tient donc une place ambivalente dans ce type de responsabilité (1), et paraît troubler la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité (2).

1. *Ambivalence de l'élément affectif : donation matériellement causée et enrichissement sans cause*

324. Une fois encore il est possible de s'interroger sur le moment de l'engagement d'une telle responsabilité dans le couple, qui pourrait bien être un nouveau frein à l'élaboration d'une typologie des critères permettant la qualification d'une responsabilité dans le couple, mais un frein plus ontologique. En effet, si l'enrichissement est précisément sans cause, on ne pourrait l'envisager que sans le principe de l'amour entre deux

⁴⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1965, *Gaz. Pal.*, 1965, n°1, p.198.

⁴⁷⁴ Par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2002, *JCP*, 2002, I, 103, n°22, obs. STORCK. Sur l'admission de l'action *de in rem verso* au sein du couple marié ou non, voire A. SINAY-CYTERMANN, « Enrichissement sans cause et communauté de vie, incidences de la loi du 10 juillet 1982 », *D.* 1983, chron. p. 159 ; mais aussi Rémy CABRILLAC, *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 4^{ème} édition, n°366.

⁴⁷⁵ Dans un article consacré à la question, intitulé « l'enrichissement sans cause au sein du couple : quelles différences de régime entre époux, partenaires et concubins ? », *LPA*, 21 mai 2010, n°101, p.35, Marlène BURGARD constate notamment que le code civil dans ses articles 515-1 à 515-7 ne l'interdit pas et relève qu'aucune interprétation jurisprudentielle ne permet cependant d'en avoir l'entière certitude. Il est tout de même possible de noter que rien ne pourrait justifier a priori le refus de l'application de l'enrichissement sans cause entre partenaires dès lors qu'il est a fortiori admis dans les couples mariés ou pour les concubins, même si cette application ne se ferait éventuellement pas exactement sur le même modèle. En outre, relevons au passage que l'action *de in rem verso* est même admise entre ascendants si l'assistance apportée par l'enfant à ses parents excède « les exigences de la piété filiale », C.Cass, civlère, 12 juillet 1994, *JCP* 1995, II, p.22425, note SÉRIAUX. D'ailleurs, il est notable que le terme assistance est employé et non pas celui d'aide, qui pourrait pourtant plus naturellement s'appliquer dans le cercle familial.

êtres, qui par essence, est la cause des multiples engagements qu'ils prendront l'un envers l'autre, et il faut encore ajouter que rien ne s'oppose à ce que ces engagements aient une nature pécuniaire. L'on ne pourrait concevoir alors l'action *de in rem verso* que dans le cadre d'un couple en dissolution.

C'est bien ce que l'expérience juridique démontre dès lors que cette action n'est possible qu'à la séparation du couple⁴⁷⁶. Si l'heure où chacun fait ses comptes est celle de la rupture, l'admission de l'enrichissement sans cause, quand bien même cela serait après le couple, revient en fait à *priver rétroactivement de cause un acte qui l'a été*.

325. Un véritable problème de logique théorique surgit alors, à moins que l'on ne retienne une définition purement utilitariste de la cause, ce qui semble assez irréaliste et contraire aux définitions que l'on en donne déjà, même lorsqu'elle influe sur des rapports entre inconnus, puisque ces dernières sont au moins aussi empreintes de subjectivisme ou même de métaphysique⁴⁷⁷, que le sentiment qui sert ici de cause aux liens du couple. **Si la cause peut-être une intention libérale, on voit mal comment elle ne pourrait pas être une « intention » amoureuse, idéaltype du don.** Outre une acception par trop réduite de la cause, le paradoxe pourrait également sembler résolu par une admission, cette fois-ci moins gênante pour le juriste, d'un couple sans amour. Puisque jamais il n'est posé la condition d'un quelconque sentiment, si ce n'est le respect, qui d'ailleurs paraît être bien plus en droit une attitude en relation et objective qu'une posture interne et sentimentale, pour l'existence d'un couple, aucun problème de droit ne pourrait *a priori* émaner d'un couple « faisant ses comptes », où les acteurs ne causeraient pas leurs actes dans un amour qui les dépasse mais dans un acte concret produit par l'autre. Une telle relation finalement contrainte à l'égoïsme le plus caractérisé, ne semble pouvoir être dénoncée en droit, et c'est tant mieux diront peut-être les juristes.

326. Dans les faits cependant, l'enrichissement sans cause est systématiquement reconnu par les juges au cours d'une séparation, mais de façon pratiquement rétroactive,

⁴⁷⁶ Cass. Civ 1^{ère}, 26 octobre 1982 ; JCP G 1983, II, 19992, note François TERRÉ. Cette décision retient que c'est au moment du divorce qu'il appartient aux juges du fond d'évaluer l'enrichissement sans cause puisqu'auparavant, il y a une impossibilité morale pour la femme d'agir contre son mari. Il est très intéressant de voir que la solution n'a pas été remise en cause depuis, et que justement « l'impossibilité morale » dont il s'agit est celle qui peut-être causait l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatif pendant la durée de l'union.

⁴⁷⁷ En philosophie, on oppose souvent une vision ontologique de la cause comme un « débordement de l'être », à la conception kantienne de la cause, seulement logique. En droit, la cause peut être aussi bien la cause efficiente d'Aristote que sa cause finale.

en considération d'un excès⁴⁷⁸ par rapport à une norme d'entraide et de gratuité dans le couple qui semble marquée par une importante imprévisibilité⁴⁷⁹. Ainsi, la cause disparaît elle aussi de manière rétroactive, ce qui semble bien constituer une exception en droit dès lors que la cause d'un acte juridique s'apprécie habituellement au moment où l'acte est passé. La particularité a de quoi surprendre, et l'originalité des relations affectives n'explique rien, ou même accroît le problème de la justification de cette appréciation.

Cette affirmation peut être illustrée par les exemples de la cause dans le mariage ou dans le pacte civil de solidarité, où en principe un tel lien affectif n'est pas absent et où pourtant elle doit exister au jour de l'union. En effet, le mariage est causé en droit par le but de l'institution, dont on peut dire que s'il est protéiforme (procréation et/ou vie commune avec toutes les difficultés que peuvent comporter chacun de ses objectifs, comme l'avait déjà fixé Portalis dans sa définition du mariage, suivant l'intégralité des enseignements qu'il a reçus de l'École du Droit de la nature et des gens⁴⁸⁰) il est pourtant admis dans ses ambiguïtés, et l'on sanctionne ceux qui utiliseraient le mariage dans un autre but. Or cette cause est appréciée au moment du mariage et si elle est censée se maintenir, il n'y aura pas annulation s'il s'avère qu'elle n'existe plus, mais bien divorce puisque telle est son essence. Il en va de même pour le PACS, si ce n'est que sa cause est *a priori* plus évidente, puisque le Conseil Constitutionnel l'a arrêtée à la vie commune⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ David BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2005, 464 p.

⁴⁷⁹ Voir par exemple à propos d'un concubinage C.Cass, civ 1^{ère}, 24 septembre 2008, Bull. 2008, I, n°211. « Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, après avoir souverainement estimé qu'un concubin n'avait pas agi dans une intention libérale en réalisant des travaux dans un immeuble appartenant à sa compagne, dès lors que ceux-ci excédaient par leur ampleur sa participation normale aux dépenses de la vie commune et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont il avait profité pendant la période de concubinage, en a déduit que l'appauvrissement subi par celui-ci et l'enrichissement corrélatif de sa concubine étaient dépourvus de cause ».

⁴⁸⁰ Selon Portalis en effet, le mariage « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Bien que des auteurs (cf. par exemple François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005, p.301, n°326) aient relevé que cette définition était bien plus philosophique et sociologique que juridique, on ne peut que constater que dans son contenu elle recouvre toujours exactement ce que les auteurs modernes considèrent comme la cause du mariage.

⁴⁸¹ Cons.Constit, 9 novembre 1999, n° 99-419.

2. *Affection et proportionnalité*

327. Ce détour assez long, prouve qu'il y aurait bien un particularisme de l'appréciation de l'enrichissement sans cause dans le couple engageant la responsabilité quasi-contractuelle de l'un de ses membres, dont on a relevé un peu plus haut que le critère était celui d'un dépassement d'une participation matérielle par rapport à un degré accepté d'entraide. Un double problème posé par la reconnaissance d'une responsabilité quasi-contractuelle dans le couple apparaît alors : d'abord il faut s'interroger sur la pertinence d'une évaluation rétroactive, et ensuite il faut se demander comment la normalité –qui est ici une normalité matérielle et non une normalité émotive bien sûr⁴⁸²- peut être évaluée par les juges.

Le second problème est sans doute le plus facile à résoudre puisque déjà la qualification qui vient d'être ajoutée de « matérielle » conduit à considérer en fait que les juges opèrent un contrôle de proportionnalité entre l'investissement de l'un des protagonistes du couple et les avantages qu'il en a retiré. La jurisprudence assez foisonnante en la matière⁴⁸³, effectue pourtant de façon systématique ce contrôle.

328. La première question soulevée annonce de plus amples difficultés, puisque précisément la définition de ce qui relève de l'intention libérale par rapport à ce qui relève de l'enrichissement sans cause peut être très incertaine. Elle suppose que ne soit pas admise à l'origine que toute aide entre deux personnes partageant leur vie puisse être essentiellement gratuite. À cela, il faut ajouter que la distinction doit être acceptée du don et de la réciprocité, au moins putative, de celui qui offre son aide à son conjoint. Cette distinction ne peut néanmoins se faire qu'au moment où ce qui était la cause première et finale en même temps, c'est-à-dire la vie commune en l'occurrence, de cet acte a disparu. Un

⁴⁸² Une telle précision doit être apportée parce que la problématique d'une « normalité » affective, dans les difficultés philosophiques et juridiques qu'elle pose, sera l'objet de notre paragraphe suivant. Il ne s'agit bien évidemment pas de dire que la « normalité » peut être sans heurt pour le droit employée même pour un domaine aussi matériel que celui de l'enrichissement sans cause. Ce terme est ici simplement repris dans la mesure où il est celui que les juridictions utilisent, mais il lui sera préféré pour la suite celui de « moyenne » qui semble recouvrir plus précisément la réalité à laquelle renvoient les juges.

⁴⁸³ C.Cass, 1^{ère} civ, 24 septembre 2008, Bull. 2008, I, n°211. Les commentaires des deux décisions portant sur l'enrichissement sans cause dans le cadre de concubinages, et plus précisément sur des travaux opérés par le concubin sur le logement de la concubine, réalisés par Jean HAUSER (« Concubinages : le goût du mariage, l'odeur du mariage, mais pas le mariage ! », *RTD civ* 2008, p. 660) et par Jean-Jacques LEMOULAND (« Rupture du concubinage et enrichissement sans cause : une jurisprudence imprévisible », *D.* 2009, p. 140) mettent en avant l'imprévisibilité de cette jurisprudence tout en signalant qu'elle se réduit à un jugement en équité.

tel jeu de piste, pour ne pas dire qu'il relève du mystère de ce que l'on ne peut reconnaître avec certitude, ne peut qu'étourdir le juriste⁴⁸⁴.

329. L'engagement de la responsabilité quasi contractuelle dans le couple se réalise donc sur le critère de l'absence de proportionnalité, qui constitue l'inégalité, et sur l'absence d'intention libérale, qui est la cause. La cause de l'investissement n'est pas alors la cause du couple, puisque cette dernière est au moins la vie commune, à moins que l'on ne considère la solidarité comme une conséquence nécessaire du partage de la vie, mais alors il faudrait admettre que la solidarité serait plus une valeur d'égalité stricte entre deux termes qu'une valeur d'entraide. Ces critères seraient alors révélateurs d'un lien de responsabilité dont l'existence serait subordonnée à l'inexistence d'une réciprocité⁴⁸⁵.

L'engagement d'une responsabilité contractuelle dépend donc, dès l'instant que l'on s'attache à la reconnaître dans les relations de couple, d'une certaine idée de la gratuité et du don.

330. Lorsque la responsabilité engagée est plutôt de nature délictuelle, parce qu'une règle légale aura été outrepassée par l'un des membres du couple, c'est une autre valeur affective qui paraît être mise en vis-à-vis de la responsabilité pour en limiter les mises en œuvre. C'est une certaine idée du pardon dans le couple qui en est l'expression.

⁴⁸⁴ L'éclairage sur cette situation peut venir d'une étude de la jurisprudence dégagée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 janvier 2010, par trois arrêts dans lesquels elle a refusé de retenir l'absence de cause au motif qu'il existerait un devoir d'entraide entre concubins qui constituerait donc la cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatifs.

⁴⁸⁵ Comme toute responsabilité engagée doit l'être sur le fondement d'une erreur ou d'une faute, par rapport à ce qui devrait être, il serait aisé d'en déduire que le couple doit créer un lien de réciprocité et non plus un lien de gratuité. Si cette déduction est aisée, elle relève pourtant du sophisme puisque la réalité est toute autre, comme cela a pu être d'ailleurs déjà rapidement vu dans les pages précédentes. Cf. *supra* p. 76. Le couple reste au fond en droit comme en fait un lieu où l'on ne « compte » pas *a priori*.

II. RESPONSABILITE DELICTUELLE DANS LE COUPLE :

RESPONSABILITE ET PARDON

331. Il apparaîtrait que ces notions fondatrices de l'union de deux personnes et de la responsabilité qui régit leurs rapports⁴⁸⁶, ne puissent avoir la même incidence sur l'étude de la responsabilité délictuelle. D'emblée, il est possible de dire simplement qu'elle a dans le couple la particularité de reposer sur un dommage qui ne peut être qu'un manquement à une obligation considérée comme fondamentale à l'union de deux personnes⁴⁸⁷. Cela impliquerait l'idée que certaines fautes, ou certains manquements à des devoirs non essentiels, ne pourraient entraîner de réponse garantie juridiquement. Un tel phénomène ne peut trouver sa source que dans la notion de pardon⁴⁸⁸, qui n'est certes pas juridique, mais dont le droit semble délimiter la sphère d'influence par la distinction qu'il établit entre les obligations.

Pour éprouver une telle incidence, il est nécessaire de voir quels sont concrètement les critères employés par les juges pour caractériser la responsabilité délictuelle entre les personnes qui forment le couple⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ C'est bien ce qui a fait l'objet d'une précédente démonstration. Cf. *supra*. p. 204.

⁴⁸⁷ Il faut noter que pour le Pacte civil de solidarité une spécificité existe dès lors que cette union est précisément marquée par une ambiguïté intrinsèque quant à l'articulation qui s'y opère entre engagement contractuel et responsabilité délictuelle. C'est la responsabilité contractuelle qui a vocation à s'appliquer toutes les fois que l'un des partenaires ne respectera pas ses obligations fondamentales alors qu'un tel manquement générerait dans les autres formes d'union une responsabilité délictuelle. Cependant, l'exception elle-même devrait être relativisée car le partenaire fautif peut bien entrer sur le territoire du délit lorsqu'il impose la rupture à l'autre. Le jeu du dernier alinéa de l'article 515-7 du Code civil, ainsi qu'une décision du Conseil Constitutionnel permettent en réalité à celui qui s'estime lésé par la rupture de demander la réparation de son préjudice « notamment en cas de faute tenant aux circonstances particulières de la rupture » : Cons. Const., 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC, considérant 70, JO du 16 novembre 1999 : « Comme cela résulte des dispositions du dernier alinéa de l'article 515-7 du Code civil, que le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions particulières de la rupture ; que, dans ce dernier cas, l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer ».

⁴⁸⁸ Vladimir JANKELEVITCH, *Le pardon*, Aubier, Paris, 1967, 216 p

⁴⁸⁹ Sera exclu également de cette étude le préjudice moral par ricochet puisque ce dernier, ainsi que la solidarité dans le couple vis-à-vis d'un tiers créancier, n'est en vérité pas évalué sur des critères prenant une signification attachée à l'élément affectif. La pierre d'achoppement sur laquelle vient toujours échoir l'élément affectif en droit est celle de la preuve. Or il a déjà fallu jusqu'à présent admettre que l'amour étant une affection dont on ne peut que présumer l'existence, les preuves en sont tirées d'éléments, dont on pourrait d'ailleurs douter qu'ils soient encore purement matériels, relatifs à la vie commune, sa durée, sa stabilité, mais aussi un certain animus, voire une « projection » affective. Une première série de critères est relative à la situation du couple lui-même et de chacun de ceux qui le composent : la vie commune évaluée en termes de durée et/ou de degrés d'institutionnalisation, et le manque à gagner ou la perte monétaire. Une seconde série porte sur la situation dans laquelle le dommage est intervenu : par exemple, CA PARIS, 17^{ème} Ch. A, 22 janvier 2001, *Gazette du Palais*,

332. Une telle étude peut distinguer d'une part la règle spéciale de l'article 266 du Code civil (A), et d'autre part le droit commun (B).

A. Distinction contestable des domaines des articles 266 et 1382 du Code civil

333. L'article 266 du Code civil prévoit que « des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage »⁴⁹⁰. Sur la pertinence de l'existence de cette règle spéciale des critiques ont été émises (1), qui sont d'autant plus édifiantes que l'articulation de cette règle à la règle générale de l'article 1382 du Code civil est délicate (2).

1. La question de la pertinence de la règle spéciale

334. Dans cette forme « parfaite » de l'institutionnalisation du couple que constitue le mariage, la responsabilité délictuelle peut être engagée lorsque le droit spécial relatif au divorce ne s'applique pas. C'est-à-dire que la faute qui aura provoquée le divorce sera sanctionnée dans son cadre et non par l'appui du droit commun de la responsabilité civile⁴⁹¹. Il existe alors un véritable problème de définition des domaines

11 décembre 2001, n°345, p.26. « Le préjudice moral d'une veuve consécutif au décès accidentel de son mari, particulièrement aigu du fait que celle-ci était passagère même du véhicule accidenté et qu'elle a vu son époux décéder sous ses yeux, mérite d'être indemnisé (...) ». Notons que dans cette affaire, l'enfant du couple a perçu une indemnisation moindre que celle dont a bénéficié la veuve, en raison de son très jeune âge. C'est ainsi que vivre sans père serait, aux yeux des juges, un préjudice moins important que de perdre un mari dans des circonstances certes particulièrement douloureuses. Au fond, il semblerait qu'un tel raisonnement, qui n'est pas isolé, ne puisse tenir qu'à condition d'envisager effectivement le préjudice moral par ricochet comme un « second préjudice économique » destiné à rendre la vie de la famille plus confortable financièrement, et non plus facile affectivement. Une telle indemnisation économique est à la fois par nature incommensurable à la peine éprouvée par celui qui partage la vie de la victime, et à la fois pourtant un incontestable instrument d'équité, ce que n'avaient pas compris ceux qui discutaient de l'opportunité de cette indemnisation, principalement au motif que l'affection ainsi blessée ne pouvait s'évaluer et ne pouvait donc pas entraîner réparation, d'autant que sa forme pécuniaire ne pourrait que provoquer des sentiments feints (Notamment Gérard MEMETEAU, « La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », *Gaz. Pal.*, 1^{er} août 1978, p. 400 à 408).

⁴⁹⁰ Pour une application jurisprudentielle récente, voir Civ 1^{ère}, 12 septembre 2012, n°11-12140 ; juris-Data n°2012-023264, JCP G 2012, 1166, obs. Jean MASSIP.

⁴⁹¹ La responsabilité civile de droit commun continue bien de s'appliquer notamment en dehors des hypothèses prévues par l'article 266 du Code civil, mais en vérité quelque soit le cas de divorce. Sur l'application de l'article 1382 du Code civil sans égard au prononcé des torts, voir civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, n°08-10538.

respectifs du droit spécial et du droit commun de la responsabilité qui répare tous les faits d'un homme qui cause dommage à autrui⁴⁹², étant entendu que l'autrui dont il est question ici est celui avec lequel on partage quotidiennement son existence et que le dommage en question est un manquement à un devoir essentiel des époux.

335. Mais au-delà du constat, il faut se demander pourquoi un droit spécial est prévu alors que rien n'interdirait en théorie l'emploi du droit commun ici, comme pour tous les autres couples reconnus par le droit. Peut-être faut-il considérer⁴⁹³ que le régime organisé par l'article 266 du Code civil est une application particulière de droit de la responsabilité, dont la justification se trouverait dans la singularité de la faute et du préjudice subis de par la rupture, quoiqu'il ne soit en fait pas évident de distinguer un élément de cohérence dans ce régime⁴⁹⁴.

Mais alors, si ce dommage doit être la conséquence d'une faute dont la gravité serait « exceptionnelle »⁴⁹⁵, c'est bien parce que l'on considère comme acceptable un certain seuil de douleur lors de la dissolution du couple. Or, la responsabilité de droit commun intervient précisément pour les dommages qui n'en sont pas une conséquence, mais plutôt une cause – éventuelle. La règle posée alors est celle de l'absence de critères relatifs à un quelconque degré de gravité, mais elle doit être remise en cause dans son principe puisque la faute, ainsi que le préjudice en résultant, qui advient avant la rupture est nécessairement une atteinte portée à un devoir essentiel du couple, laquelle ne peut qu'être grave, en ce sens qu'elle sera dirigée contre le sens même de ce dernier.

Les mécanismes concrets d'application de la responsabilité permettent ainsi d'en apprendre plus sur ce qu'est le couple que certaines interrogations qui ont été voulues

⁴⁹² Hervé LECUYER, « Divorce et responsabilité civile : la difficile articulation du droit commun et du droit spécial », *in D. Fam.*, Janvier 2001, commentaire n°5, p. 20 à 21.

⁴⁹³ Hervé LECUYER, *idem*.

⁴⁹⁴ Hervé LECUYER, « Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *in Gaz. Pal.* Septembre-octobre 2010, étude 12832, p. 2642 à 2646. L'auteur note dans son étude qu'« il n'est aucun fondement qui légitime la disposition de l'article 266 du Code civil, dans les contours qui sont aujourd'hui les siens. L'innocence du demandeur n'est même pas la même dans les deux cas : une faute du défendeur est décelable en un cas, non dans l'autre ; le domaine assigné à l'article ne permet pas la réparation de tous les préjudices soufferts du fait de la dissolution du mariage », p. 2643.

⁴⁹⁵ C'est l'idée donc d'un seul « normal » de souffrance qui est marquée par cette idée. Reste toutefois, ici, peut-être plus difficilement qu'ailleurs encore, à déterminer ce que peut bien être la normalité en la matière. Dans un arrêt cité par Monsieur LECUYER, *idem*, la cour d'appel de Paris a défini les conséquences d'une particulière gravité comme étant des conséquences excédant celles qui sont habituellement ressentis par toute personne se trouvant dans la même situation : Paris, 24^{ème} ch. sect. C, 15 janvier 2009, n°08-07520, *in Dr Fam.* 2009, comm. 54, Obs. Valérie LARRIBAU-TERNEYRE. Il faut bien admettre qu'une telle définition ne saurait être d'un grand secours. Dire que ce qui est anormal est ce qui n'est pas habituel ne permet pas de s'assurer d'une analyse nette de ce que l'on condamne au juste lorsque l'on applique l'article 266 du Code civil.

conceptuelles dès l'origine ; le couple se définit prioritairement par le respect de certains devoirs constitutifs en droit, mais eux-mêmes induits par un ordre plus grand, celui de l'amour.

2. *La question de l'application de la règle générale*

336. Plus précisément, en matière de mariage, l'article 1382 du Code Civil est concrètement mis en œuvre dans deux types de situations :

Soit d'abord, le mariage est dissous et alors on retrouve une sous-distinction selon laquelle ou bien l'article 266 sera appliqué parallèlement à l'article 1382 parce qu'il existe à la fois un préjudice, résultant de la dissolution du mariage pour altération définitive du lien conjugal ou aux torts exclusifs de l'autre conjoint, dont la gravité particulière ne pourra donner lieu à réparation qu'au moment du prononcé du divorce, et à la fois un préjudice distinct de celui-ci, pour lequel aucune exigence ne se pose à priori quant à sa gravité, ni quant au type de divorce prononcé⁴⁹⁶ puisque celui-ci pourra l'être indifféremment aux torts exclusifs ou partagés⁴⁹⁷, ni enfin quant au moment où il sera dénoncé.

Ou bien, la règle de droit commun s'applique seule parce que le droit spécial est exclu, mais parce qu'il existe bien pourtant un préjudice⁴⁹⁸. Dès à présent, il est possible de dire que si l'article 1382 est une règle de droit commun, elle joue avec un certain particularisme tout de même en matière de mariage. Pour engager la responsabilité de son époux ou de son

⁴⁹⁶ Dans un arrêt Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 1991, *Defrénois*, 1992, p.304, note J.MASSIP, la cour a observé que s'il était impossible de fonder l'allocation de dommages et intérêts sur la rupture du lien conjugal, le divorce ayant été prononcé aux torts réciproques, il incombait toutefois aux juges du fond de rechercher s'il n'existait pas par ailleurs un préjudice distinct que pouvait réparer le droit commun de la responsabilité, qui aurait été constitué en l'espèce par le fait pour le mari de se monter en public avec sa maîtresse.

⁴⁹⁷ En théorie rien n'exclut par exemple un divorce pour altération définitive du lien conjugal, mais la logique et la pratique semblent bien s'y opposer, puisqu'on ne comprendrait plus alors l'époux qui, tout en divorçant, subirait les fautes de l'autre dans le prononcé du divorce, mais réclamerait une réparation sur le fondement de l'article 1382 ! Cela ne vaudrait à la rigueur que dans le cas où le divorce pour faute aurait été rejeté par le juge, mais alors il semble bien qu'il soit impossible d'admettre que le juge reconnaîtrait ensuite une faute pouvant engendrer une responsabilité de l'autre conjoint.

⁴⁹⁸ Marlène BURGARD, « Les sanctions du comportement d'un époux à l'occasion de la dissolution du mariage », *Les Petites Affiches*, 5 février 2009, n°26, p.16 à 23.

Dans cette note consacrée à l'étude de deux décisions relativement récentes de la Cour de cassation en la matière datant des 5 et 19 novembre 2008, elle précise que l'on ne peut conclure de cette exclusion du droit spécial que l'article 1382 sera *de facto* valablement invoqué toutes les fois que l'article 266 ne pourra l'être dès lors que le préjudice sans gravité particulière subi du fait de la dissolution du mariage resterait privé de toutes possibilités de réparation.

épouse, la faute commise doit porter sur un devoir du mariage⁴⁹⁹. Encore d'ailleurs bien que soit alors *a priori* exclu tout critère de gravité particulière⁵⁰⁰, le caractère essentiel des obligations légalement imposées aux mariés oblige à comprendre que l'affront qui leur est fait est nécessairement *grave*, puisqu'il est une atteinte au sens de l'union pour laquelle ils se sont engagés.

Soit ensuite, les époux ne souhaitent pas mettre un terme à leur union, alors même pourtant que l'un d'eux aspire à faire reconnaître la responsabilité délictuelle de l'autre pour le manquement à une obligation du mariage dont il est victime. Cette situation, qui est à plusieurs égards bien plus problématique que la première, met particulièrement en avant les difficultés théoriques qu'une telle possibilité engendre. Il faut bien reconnaître qu'un couple dont l'un des membres souhaiterait obtenir la réparation d'un dommage que l'autre a causé, sans pour autant vouloir la séparation paraîtrait bien atypique⁵⁰¹. La marginalité de ce cas ne saurait en faire un domaine où la réflexion sur le sens du droit ne porterait pas, et l'on pourrait même aller plus loin en affirmant que le caractère en soi assez extrême d'une telle hypothèse contraint à interroger les catégories du droit⁵⁰².

337. Comment expliquer qu'une telle action soit possible ? Quelle légitimité a-t-elle ? Quel sens doit-on lui donner ? À nouveau, un paradoxe de la comptabilité

⁴⁹⁹ On retrouverait là les hypothèses qui avaient présidées au travail de Stéphanie Pons sur *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, selon lesquelles il existe une faute familiale spécifique et un préjudice familial non moins original.

⁵⁰⁰ En ce qui concerne l'article 266 du Code civil seul, cette exigence de gravité ajoutée par la loi du 26 mai 2004 pourrait tout à fait s'inscrire dans la logique jurisprudentielle appliquée jusqu'alors, dans la mesure où un certain dommage sans gravité particulière né du divorce est sans doute assez inévitable, ou surtout, celui-ci n'aura pas le caractère d'une *faute* (au sens notamment où celle-ci implique bien une intention ou une abstention fautive, une volonté de nuire qui qualifierait à coup sûr le préjudice de particulièrement grave étant donné les relations unissant l'auteur et la victime) et correspondra dès lors bien plus à une conséquence qu'il faut bien considérer comme inhérente à l'échec de la vie commune. Ce dommage là n'entraînera donc pas de réparation garantie juridiquement. Aucun critère semblable n'existe dans la loi et de façon abstraite pour l'application de la responsabilité délictuelle.

⁵⁰¹ Entre autres à ce sujet, l'on pourrait signaler le *Rapport du Sénat, Droit de la famille, ne pas se tromper de réforme*, n° 481/1997/1998, p.32, www.senat.fr. « Si un homme est battu, trompé, et souhaite rester dans les liens du mariage toute sa vie, je ne vois pas pourquoi il pourrait réclamer des dommages et intérêts alors qu'il ne fonde pas sa demande sur une rupture du mariage pour faute ». Si cette opinion de Mme RUBELLIN-DEVICHI paraît certes raisonnable, il peut sembler qu'elle consiste en un grossissement du trait, d'abord puisqu'elle méconnaît la complexité de telles situations en pratique, ni juridique d'ailleurs puisqu'il faudrait alors parvenir à expliquer pourquoi et comment il est toujours théoriquement permis de procéder ainsi.

⁵⁰² Rappelons, si cela est nécessaire, que la Cour de Cassation a admis une telle action dans un arrêt célèbre de la première chambre civile, en date du 9 novembre 1965, *JCP G* 1965, II, n°14462. « Indépendamment du divorce ou de la séparation de corps et de leurs sanction propres, l'époux qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal est recevable à demander réparation à son conjoint, dans les conditions du droit commun ». Cette solution, jamais renouvelée, ni jamais infirmée doit sans doute être contextualisée dans une époque où le divorce en soi était considéré comme une sanction qu'il aurait été injuste de faire supporter à la partie innocente. Il n'en demeure pas moins que l'admission théorique d'une telle action repose bien sur une impossibilité logique de soumettre les règles de l'article 1382 à la séparation lorsqu'elles sont invoquées dans le couple.

s'introduit dans le couple, alors même que ce dernier se distingue finalement dans un engagement personnel de don et de pardon.

Des éléments plus matériels pourraient certes fournir des voies d'explication, comme celle qui envisage cette possibilité comme n'existant que parce que la règle posée par l'article 1382 relève du droit commun, et n'a donc pas pu, par définition, prévoir une restriction d'accès dans le cas d'un couple marié, et désireux de le rester. Il faudrait alors demeurer à un niveau assez superficiel d'analyse, où l'engagement d'une responsabilité entre les personnes qui forment un couple dont l'existence n'est pas remise en cause par elles, ne serait possible que par une lacune, en quelque sorte insurmontable, puisque liée à la nature même de la responsabilité dont il s'agit, de notre droit positif.

Or, si ce constat est légitime et logiquement inébranlable, il est insuffisant. En effet, la distinction opérée par la jurisprudence entre les deux fondements possibles de la responsabilité de l'un des époux envers l'autre pour le préjudice qu'il lui a causé vise, semble-t-il, à permettre, au-delà des liens du mariage, *la réparation de tout dommage*.

338. Outre la décision posant le principe de la possibilité de l'exercice d'une telle action, **les quelques rares décisions de la Cour de cassation portant sur cette définition des champs de chacune des responsabilités⁵⁰³ paraissent bien induire une telle interprétation** puisque d'une part, seule la décision du 9 novembre 1965 concerne véritablement le cas d'une épouse souhaitant faire admettre la responsabilité de son conjoint sans pour autant demander le divorce, ni même la séparation de corps, et puisque d'autre part, la décision du 19 novembre 2008 paraît poser assez clairement l'idée que puisque le dommage résultait en l'espèce du comportement du mari pendant la vie commune, la cour d'appel aurait dû étudier les critères de la responsabilité de droit commun. L'impossibilité de l'application du droit spécial ne saurait entraîner à elle seule l'impossibilité de celle du droit commun.

Toutefois, il est impossible d'aller complètement en ce sens car s'il est bien évident que le droit commun de la responsabilité délictuelle vise la réparation de tout fait quelconque

⁵⁰³ Deux espèces plus récentes peuvent être citées : Cass. Civ. 1^{ère}, 5 et 19 novembre 2008. La première espèce réaffirme le principe selon lequel les articles 266 (dans sa rédaction antérieure à 2004, qui ne restreignait pas sa mise en application aux conséquences « d'une particulière gravité » qui résultent de la disparition du mariage) et 1382 du code civil ne réparent pas les mêmes préjudices. Ainsi la Cour d'appel qui n'aurait pas distingué les préjudices découlant de la dissolution du mariage de ceux qui en sont distincts doit être sanctionnée. La seconde espèce reprend presque mots pour mots dans un arrêt de cassation, formulé au visa de l'article 1382, le principe posé en 1965 Pour un commentaire de ces deux décisions, cf. Marlène BURGARD, « Les sanctions du comportement d'un époux à l'occasion de la dissolution du mariage », *Les Petites Affiches*, 5 février 2009, n°26, p.16.

de l'homme qui aurait causé dommage à autrui, il serait impossible de comprendre en quoi un droit spécial pourrait intervenir dans le cadre du mariage, surtout lorsqu'il conduit à exclure le dommage né du divorce mais sans gravité particulière de toute possibilité de dédommagement. En outre et surtout, il s'avère que loin d'être utilisée pour tout « réparer », la responsabilité qui est engagée dans le mariage pour une faute commise s'attache toujours à une obligation qualifiée d'essentielle au mariage. *Ainsi l'essentialité du devoir auquel l'un des époux a manqué est-elle une façon de faire valoir en négatif la gravité de la faute commise, en deçà de laquelle le droit n'interviendra pas pour exiger une réponse.*

339. En dehors de ces questions particulières, les critères de l'engagement de la responsabilité délictuelle dans le couple peuvent également être retenus sur le modèle du droit commun, mais avec des nuances sensibles liées à la présence efficiente d'un élément affectif dans la relation au sein de laquelle la responsabilité est recherchée.

B. Critères de l'engagement de la responsabilité délictuelle de droit commun dans le couple

340. Le rôle spécifique que peut jouer l'article 1382 du Code napoléonien s'éclaire d'une valeur propre au couple, du moins lorsque celui-ci est marié, de **tolérance plus forte de certains évènements ou même comportements** qui pourraient relever de l'aléa. Cette tolérance, avatar de la solidarité⁵⁰⁴, pourrait bien être sœur du pardon. C'est elle qui finalement détermine ce que le droit s'autorise à indemniser, par le jeu des critères du droit commun de la responsabilité⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Cf. *infra*. p. 534.

⁵⁰⁵ Quant à l'engagement de la responsabilité délictuelle dans les autres formes de couples, il est moins délicat en ce sens que seul le droit commun a vocation à intervenir, aucune distinction n'étant faite de ce point de vue entre la faute qui entraîne la rupture ou le dommage qui en découle et le manquement à une obligation essentielle intervenu pendant la durée de la vie commune. Il faut néanmoins apporter quelques précisions relatives à la faute qui peut être reconnue dans le PACS comme dans le concubinage dans le fait même de la rupture : La rupture est en principe libre dans le concubinage comme dans le PACS, mais lorsqu'elle intervient dans des circonstances particulières cependant, elle pourra enclencher un mécanisme de réparation, comme le prouve par exemple pour le concubinage l'arrêt C.Cass, 1^{ère} civ, 29 novembre 1977, *Bull. Civ.* I, n°449, dont la solution a été renouvelée par C.Cass, 1^{ère} civ, 7 avril 1998. Dans ces deux espèces, le concubin a abandonné sa concubine alors qu'elle avait quitté pour lui son emploi et que ce dernier lui avait alors promis de subvenir à ses besoins. La liberté qui la régit en principe relève de la nature même de ces formes d'union, dénuées de la vocation sacrée et éternelle du mariage. Pourtant, la responsabilité délictuelle de l'un de ses protagonistes peut être mise en jeu, si des circonstances particulières de cette séparation sont notables. Par suite, il existerait donc une responsabilité délictuelle premièrement distincte de toute idée de devoirs essentiels dans le couple et deuxièmement fondée sur des considérations subjectives faisant la part belle à l'histoire personnelle du couple en question, sans qu'aucune gravité puisse être définie dans l'absolu. Or, la gravité correspond à une *situation*

Il existe bien une singularité de l'évaluation de la faute impliquant une responsabilité de son auteur envers son conjoint (1), qui n'a de sens que liée aux relations sinon directement affectives, au moins marquées d'une solidarité et d'une sympathie que la société présume normalement vécue⁵⁰⁶. Le préjudice est lui aussi l'objet d'une évaluation particulière, qui s'explique par le même principe (2).

1. *Appréciation de la faute spécifique*

341. Le comportement fautif sera constitué par un manquement à un devoir né du mariage. L'article 212 du code civil constitue donc l'étalon auquel sera mesurée la faute⁵⁰⁷. Ici comme ailleurs la faute résulte du non respect de la loi, à ceci près que les devoirs généraux posés par cet article en implique en vérité bien d'autres qui sont tout aussi susceptibles de fonder la faute que le respect, l'assistance, le secours et la fidélité⁵⁰⁸, bien qu'ils ne soient pas, stricto sensu énumérés. Un exemple très significatif pourrait être tiré de ce que la Cour de cassation a pu appeler il y a plusieurs décennies déjà « l'infidélité intellectuelle »⁵⁰⁹.

Plus récemment, elle a appliqué au même contenu le vocable plus conventionnel d'« attitude injurieuse »⁵¹⁰, mais dans les deux cas d'espèce, il s'agissait pour l'un des époux

particulière, mais qui se comprend objectivement par le jeu de la sympathie, qui permet, par la largeur de son champ, d'envisager à la fois abstraitement la particularité de ses circonstances et à la fois de les saisir à leur degré de singularité. En dehors de cette faute liée à la rupture, la responsabilité civile délictuelle dépend d'un manquement à une obligation essentielle du PACS ou du concubinage qui est advenu pendant que le couple partageait sa vie. (Voir par exemple pour un concubinage : C. Aix-en-Provence, 22 juin 1978, espèce précitée, où a été sanctionné un comportement injurieux à l'égard de la concubine lorsque le concubin avait aménagé avec une autre femme). La responsabilité délictuelle se déploie donc autour de cette notion d'obligations fondamentales, ce qui est d'une part nécessaire dès lors que le fait d'admettre la possibilité d'une faute dans le cadre de relations amoureuses passe forcément par le média d'un manquement qui doit être caractérisé par rapport à un respect minimum de l'autre. D'autre part, l'utilisation de ce marqueur matériel d'un comportement dénote encore la place que le droit laisse délibérément au pardon. En effet, bien plus que de dire simplement que le pardon joue pour autant que les couples ne portent pas leurs difficultés devant les juges, le droit semble poser un seuil en deçà duquel il refusera d'intervenir, parce qu'il s'agit d'un couple, et qu'à ce titre il devrait il y avoir une tolérance plus grande pour les erreurs ou même les fautes de chacun.

⁵⁰⁶ Il faudrait signaler dès à présent que la solidarité, plus volontiers évoquée que l'élément affectif, peut être parce que, de façon assez étrangement a priori, on admet plus facilement sa *réalité*. Ce point mérite une réflexion plus approfondie qui sera délimitée plus bas. Cf. *infra*.

⁵⁰⁷ Sur l'évolution de cet article, voir Catherine PHILIPPE, « L'article 212 du code civil, Du XXème au XIXème siècle », in Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Saint-Herblain, 2009, p. 627 à 635.

⁵⁰⁸ La fidélité est considérée comme atteinte dès qu'une relation extraconjugale est dénoncée, quoique l'infidélité ne soit pas à elle seule par exemple cause de divorce. Voir Lyon, 19 mars 2012, n°010/03311.

⁵⁰⁹ Le premier arrêt à avoir dégagé cette notion est un arrêt de la CA de Paris, 13 février 1986, *Gazette du Palais*, 1986, p.216.

⁵¹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2003, qui a censuré une décision de la cour d'appel de Toulouse pour ne pas avoir recherché si, bien que l'adultère n'ait pas été prouvé, le mari qui consacrait beaucoup de temps à

d'entretenir des relations excessives, mais non exactement adultérines, avec un tiers. Il faudrait peut-être y voir le signe que le devoir de fidélité ne se réduit pas à une simple sécurité visant à rendre la paternité aussi certaine que possible. Elle recouvre un véritable devoir moral de loyauté, qui pourrait être impliqué aussi bien dans le devoir de fidélité que dans celui de respect⁵¹¹, qui est encore toutefois insuffisant pour caractériser le couple⁵¹². Chacun des devoirs du mariage renvoie à une même obligation supérieure ; celle de respecter la nature affective du lien qui est la cause sans laquelle le mariage ne peut subsister⁵¹³. Il est évident qu'alors, dans cette union plus que juridique, le pardon doit avoir une place garantie par le droit⁵¹⁴.

2. *Appréciation d'un préjudice spécifique*

342. Ensuite, pour ce qui concerne le préjudice dont devra se prévaloir l'époux demandeur, il lui appartient de démontrer que ce préjudice lui cause une douleur particulière, qui ne peut pas être rattachée au divorce pour faute. À titre d'exemple, une décision de cour d'appel du 13 juin 2000⁵¹⁵, a rejeté la demande formée par une épouse, qui,

une autre femme que la sienne, n'avait pas eu à son égard une « attitude injurieuse ». Cette notion se rapproche très aisément de celle d' « adultère intellectuel ». Il est impossible de prétendre bien sûr pouvoir dégager un mouvement jurisprudentiel d'une décision relativement isolée, mais toutefois jamais remise en cause, d'autant que l'arrêt de 2003 avait tout pour passer inaperçu, n'ayant pas été publié au bulletin. Toutefois, il semblerait que cette décision ne soit pas exubérante, et puisse tout à fait guider l'interprétation qui peut être faite de la notion d'infidélité intellectuelle.

⁵¹¹ Loin de faire de cette notion de fidélité un moyen d'obtenir réparation en toutes circonstances, les juges du fond semblent plutôt en faire un usage raisonnable, comme le montre une affaire récente jugée devant une cour d'appel : CA Lyon, 2^{ème} chambre civile, 26 juillet 2010. Les juges ont refusé de voir en une lettre écrite de la main du mari, signifiant son attachement toujours profond pour sa première épouse défunte, la preuve d'une infidélité intellectuelle.

⁵¹² Sur la fidélité, cf. *infra* p. 567.

⁵¹³ Jean CARBONNIER, Article précité, p. 335 : « Le mariage a beau n'être pas un contrat, le lien matrimonial n'est-il pas un lien causé, et ne requiert-il pas, pour durer, que dure sa cause ? Cette cause que le droit canon avait, en somme, cherchée dans la *copula carnalis*, mais en la limitant à la formation du lien, le progrès du droit, qui est une spiritualisation, l'a étendue à toute la durée du mariage, et l'a placée dans la convergence sentimentale, la concorde des âmes et des esprits ».

⁵¹⁴ De ce point de vue on peut noter que le mariage est l'union la plus évidemment *supra*-juridique par son aspect sacré. Le PACS correspond à la seule union qui n'est ni *supra* ni *infra* juridique, dans la mesure où les points essentiels en sont légalement organisés, mais cette fois entièrement, l'assistance ici n'étant que l'assistance « visible », matérielle, financière ou psychologique. Le concubinage est quant à lui en deçà du droit puisque ce dernier n'en prévoit pas les devoirs, mais peut seulement en reconnaître certains *a posteriori*, et ceux-ci seront déterminés dans leur principe comme dans l'étendue de leur contenu par l'histoire particulière du couple, évaluée à partir de critères de stabilité.

⁵¹⁵ CA Grenoble, 13 juin 2000, *Dr. Famille*, janvier 2001, commentaire n°5, p.20 et 21, note Hervé LÉCUYER. L'auteur ne manque pas d'ailleurs de formuler une intéressante analyse des relations entretenues par l'article 266 avec la faute. En effet, il remarque que la faute entre bien dans la délimitation de son champs d'application puisque jusqu'en 2004, seul le divorce pour faute pouvait donner lieu à une indemnisation fondée sur cet article. Mais une fois ce domaine défini, la faute ne fait pas partie en tant que telle des critères retenus pour le mettre en œuvre. Plus encore, il relève que « si l'on raisonne en terme de causalité adéquate, on rattacherait sans doute, comme le fait l'article 266 du code civil lui-même, le dommage à la dissolution du mariage plutôt qu'à la faute, avec laquelle le lien est moins direct ». si l'auteur expose ensuite la théorie de

bien qu'elle invoque bien une faute qui est « détachable de la seule rupture du lien conjugal », ne démontre pas que le préjudice soit de nature à lui avoir causé « des souffrances particulières et distinctes de celles résultant de tout adultère ». Les juges du fond en concluent donc que son préjudice n'est pas distinct de celui né de la dissolution du mariage, et ne peut donc donner lieu à une réparation fondée sur l'article 1382 du code civil. L'autre intérêt de cette décision réside dans le fait que les juges estiment que ces raisons évincent du même coup la responsabilité fondée sur la règle spéciale de l'article 266, aucune « gravité particulière » n'étant dès lors énonçable.

343. C'est l'une des raisons qui pousse à reconnaître l'idée⁵¹⁶ selon laquelle il n'existe en fait en la matière pas de demi-mesure, car bien que l'on n'exige aucun degré spécifique de gravité *a priori* pour engager une responsabilité de droit commun entre époux, il s'avère *a posteriori* que ce critère conserve un rôle inavoué dans la qualification de ce qui constitue une faute ou un préjudice, tout ce qui n'appartient pas à cette sphère étant rejeté dans le non-droit des actes que des conjoints doivent se pardonner, même après leur vie commune.

En effet, la situation du couple est déterminante de la faute et du préjudice, puisqu'il revient bien à celui qui s'estime victime de démontrer que pour lui le préjudice qui en résulte est important, pour ne pas dire grave. La gravité est bien un critère, mais sous-jacent, qui résulte logiquement de la sphère toute particulière du pardon qui existe bien nécessairement dans un couple et dont l'influence conduit à un refus de la réparation systématique⁵¹⁷.

344. Finalement, si la faute demeure impardonnable, elle devrait conduire au divorce qui est précisément censé intervenir lorsque la vie commune est devenue impossible. Or, rien ne semble compromettre plus gravement un tel partage quotidien que la faute commise et la rancœur qu'en garde l'autre. Sauf à considérer que la responsabilité

l'équivalence des conditions pour laquelle le lien de causalité doit être tout autant prouvé entre la faute et le dommage dans la sphère d'influence de l'article 266 que dans celle de l'article 1382, mais elle paraît moins convaincante, dès lors qu'elle conduirait à nier toute utilité et tout sens à la règle de droit spécial. Or, cette règle persiste, et n'a été en toute rigueur que plus solidement affirmée par la réforme de mai 2004.

⁵¹⁶ Cf. *supra*. 216.

⁵¹⁷ Du moins au civil, puisqu'il est bien vrai qu'au pénal, une systématisme a été introduite pour ce qui concerne les coups et blessures infligés par l'un des membres du couple à l'autre, étant bien entendu que l'automatique porte sur l'aggravation de la peine et non pas sur son principe en ce sens que pour lui il n'y a aucune différence *a priori* entre la situation amoureuse reconnue par la loi (puisque par exemple un couple qui ne vivrait pas ensemble ne pourrait pas, selon la loi, bénéficier d'une telle règle) et toute autre violence commise par un individu sur un autre.

reconnue de l'autre et la réparation du préjudice subi qui en découle permet le processus du pardon, l'exception que constitue en jurisprudence l'arrêt de 1965 montre bien que le principe demeure, en fait comme en droit, le choix qui s'impose entre séparation et responsabilité de droit commun ou survie du couple et pardon.

345. Que les mécanismes de la responsabilité engagés dans le couple portent sur le domaine contractuel ou sur le champ délictuel, ils renvoient à un sens précis dès lors qu'ils ne concernent pas des personnes l'une à l'autre étrangères, mais bien au contraire des personnes qui ont inventé une vie ensemble et qui à ce titre devraient adopter un certain comportement. Les limites de ce comportement posées par le droit ne sont pas des maximums qu'il faudrait se garder d'outrepasser, mais au contraire des minimums sous lesquels l'époux fautif devra répondre de ses manquements. Le conjoint qui s'estime victime devra toujours quant à lui ne pas agir comme avec un tiers, et accepter qu'il existe une forme de gratuité et de pardon dont le droit exige qu'il fasse d'abord preuve.

346. S'il ressort donc des développements précédents que le sens de la responsabilité particulière qui joue dans les relations de couple soit celui d'un don de soi, de sa personne, à l'autre, il serait encore nécessaire de découvrir quels sont les présupposés philosophiques qui sous-tendent les fins que le droit s'assigne alors.

Paragraphe 2. Lecture de la classification des critères de la responsabilité dans le couple

347. Bien que les exigences profondes et finales du mariage semblent être inscrites dans le marbre de la loi, **il pourrait s'avérer utile de tenter de voir les évolutions philosophiques qui traversent les signifiants pour leur faire adopter d'autres signifiés.** En effet, le subjectivisme dont est empreint notre Code civil contient déjà les préludes des évolutions qui sont facilement attribuées à la société actuelle, et sans vouloir retomber dans la critique caricaturale d'un romantisme juridique, il faut pourtant tenter de comprendre où plongent les racines de l'appréhension des sentiments par le droit de la famille moderne.

Les critères de l'engagement de la responsabilité tels qu'ils se spécifient dans le couple sont donc révélateurs d'une distinction de l'erreur et de la faute (I), et du sens particulier de l'erreur (II).

I. L'ERREUR ET LA FAUTE DANS LE COMPORTEMENT DES EPOUX

348. L'une des entrées les plus évidentes dans cette dynamique paraît pouvoir être celle où sont passées les notions d'erreur et de faute dans le couple.

D'une part en effet, l'on considère que la nature particulière des relations entre deux personnes interdit que l'on puisse négliger de secourir, d'assister et de respecter son conjoint sans être de fait animé d'une intention de nuire et mut par la conscience certaine de manquer à son obligation. La faute serait alors bien la seule forme que pourrait prendre l'acte pour lequel il faudra répondre dans la société conjugale. En outre, si ce qui est considéré comme une « erreur » a pu intervenir dans le comportement de l'un des époux au cours de la vie maritale, celle-ci ne pourra en pratique pas être admise par les juges pour fonder un droit à réparation de celui qui s'estime victime dès lors qu'une telle erreur objective ne pourra que découler d'une faillite du couple, puisqu'elle est justement dépourvue de l'intention caractéristique de la faute.

Ce point conduit à considérer *d'autre part* que cette importance croissante allouée à l'idée d'un échec du couple qui ne serait imputable à personne en vient à contredire la possibilité même d'une faute, d'autant qu'elle implique que l'on puisse être coupable de ne plus faire ce que l'on exécutait par amour, alors même que précisément cette affection n'est plus.

349. Ainsi peut-on d'abord s'interroger sur le caractère d'objectivité que l'on prête à l'erreur dans le comportement de l'un des époux, ou plus précisément sur la légitimité de l'erreur entendue comme pur moyen de « dédramatiser » les relations amoureuses, comme si cela était possible⁵¹⁸. Dans une telle acception, l'erreur ne

⁵¹⁸ C'est bien ce que le législateur prétend pouvoir faire, notamment dans les réformes successives du divorce.

correspond-t-elle pas plutôt à une attitude radicalement subjective, puisqu'elle représentera en l'espèce une forme que l'on peut qualifier de dégradée de la faute, qui ne peut plus être telle parce que sa compréhension passe par l'examen d'une relation interindividuelle ayant conduit chacun à agir sans volonté de nuire, mais sans non plus, et c'est là le point crucial, volonté charitable⁵¹⁹. L'erreur consistera alors en une manière de vivre, d'une manière ou d'une autre, non plus pour deux, mais pour soi. Le phénomène que l'on qualifie d'erreur devient subjectif au moins par l'intuition primitive, que le droit suppose commune à tous, de l'impossibilité de se prétendre animé par une affection pour l'autre sans incarner cette sympathie dans ses actes. En quelque sorte le droit prétend donc que l'on ne peut pas ne pas savoir ; on ne peut alors pas avoir véritablement commis une erreur.

Néanmoins, l'objectivité, et partant le caractère non fautif de l'erreur, résulte d'une situation dont il est clair que le juge ne pourra la démêler entièrement, et qu'elle ne pouvait que contraindre chacun à agir ainsi qu'il l'a fait. Une situation particulière a déterminé cette action.

350. L'erreur acquiert ainsi elle-même une portée spécifique, parce que l'affect intervient dans sa détermination et donc dans le fondement de la responsabilité qui peut en découler.

II. SENS SPECIFIQUE DE L'ERREUR DANS LA RESPONSABILITE CONJUGALE

351. Il y aurait alors une différence assez fondamentale entre l'erreur telle qu'elle peut exister dans d'autres sphères du droit qui se caractérise par une limite, d'origine externe, à la connaissance du sujet (de la tromperie dont il est victime à l'incapacité intellectuelle dont il est frappé) et qui n'a donc rien de commun avec la faute, et **l'erreur qui existe dans les liens de responsabilité qui unissent un couple, qui peut essentiellement être une erreur interne**, au sens où sans subir une représentation partielle de la réalité venue d'une

⁵¹⁹ Hannah ARENDT, *Le concept d'amour chez Augustin*, (Astrup trad.), Paris, Éditions Payot et Rivages, 1999, 183 p

impossibilité matérielle, une personne fait consciemment les choix imparfaits vers lesquels la mène sa situation affective, dont elle est l'auteur et l'actrice. Ajoutons qu'en se conduisant ainsi, il agit comme tout homme, bien que personne ne conteste qu'il eût pu choisir une voie meilleure.

Cette erreur là est donc en vérité hautement *subjective*, mais *objective* en ce qu'elle s'extériorise par la relation dans laquelle elle s'insère, et en ce que chacun peut sympathiser avec elle ; elle est universellement et radicalement subjective. Peut-être existe-t-il un lien entre cette erreur et celle connue des grecs au sens où justement une ambiguïté pouvait exister sur le terme *d'hybris*, à tel point que Louis Gernet lui-même en fit une véritable faute⁵²⁰. Il apparaît bien pourtant qu'il est question d'une erreur, mais empreinte d'une autre subjectivité que notre droit positif ne manipule pas aisément. En un sens, la subjectivité radicale à laquelle participe l'erreur qui instigue une responsabilité délictuelle ou contractuelle dans l'hyménée passe la frontière de l'objectivité par la sympathie ou l'antipathie, extérieure au couple, qu'elle provoque et dont le jugement dépend en partie.

352. Sans avoir voulu prétendre à l'exhaustivité des types dégagés dans la responsabilité civile qui peut intervenir à l'intérieur des relations amoureuses, il semblerait qu'existe bien un véritable particularisme des préjudices et de leurs modes de compensation. En effet, nulle part ailleurs le juriste n'a une intention si nette de préserver ce qui est naturellement en dehors et au dessus de lui ; cet élément affectif qui engage la personne entière, au-delà du masque du personnage qui est ordinairement habitué à vivre dans des eaux juridiques.

Le couple n'a de sens que dans un ordre impondérable, dans son principe rebelle à toute forme d'équivalence, et l'introduction dans son univers d'une responsabilité doit se satisfaire d'une forme de fiction⁵²¹. Le don et le pardon, qui appartiennent à cet ordre peuvent bien sembler naïvement avancés ici comme des considérations que le droit aurait ; ils peuvent bien être dénoncés comme étant inaccessibles, cela ne saurait suffire à rejeter le poids qu'il

⁵²⁰ Louis GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, L'évolution de l'humanité, Albin Michel, Paris, 2001 [Ernest Leroux, 1917], 464 p. Gernet remarque que le terme « *adikein* » s'applique particulièrement dans les crimes familiaux, et il traduit ce terme par l'expression « être coupable », p. 56 à 59. L'auteur commet la même confusion sur le terme « *harmatèma* ». Mais ce n'est pas une faute en tant que telle, c'est plutôt une erreur purement cognitive et non volontaire, c'est un aveuglement (commentaire Jean-Marc TRIGEAUD).

⁵²¹ La fiction correspond tout à fait ici au sens qu'elle prend en droit positif dès lors que les développements précédents auront mis en avant qu'elle est liée à l'Idée du sensible, puisqu'elle ne peut jamais excéder la réalité.

acquiert. En quoi d'ailleurs seraient-ils plus inaccessible que la volonté dont-on ne doute jamais pourtant pour fonder les relations qu'entretiennent entre eux les hommes ? Elle n'est pas plus palpable et elle aussi doit être représentée et présumée.

353. Mais dans l'intimité des sentiments qui animent les membres du couple, le droit s'immisce pourtant par l'outil affectif, et n'est pas démuné dans les présomptions qu'il doit opérer ; il est guidé par un autre affect qui ne joue pas sa mélodie depuis l'intérieur, mais qui rythme le jugement qui est porté sur les unions, ouvrant alors la possibilité d'une norme, qu'il faut se garder de réduire à une normalité, trop souvent prétextée en la matière.

Sous-section II. LA RESPONSABILITE NORMATIVE ET LA NORMALITE DE LA RESPONSABILITE DANS LE COUPLE

354. L'attention portée dans la reconnaissance d'une responsabilité dans le couple à sa situation et à celle du dommage duquel il faut répondre conduit à s'interroger sur l'importance grandissante d'une certaine conception de la « normalité » en droit de la famille, qui tend à recouvrir plus ou moins complètement l'aire du normatif. Si ce qui est considéré comme « normal » peut aussi être invoqué dans les relations entre ascendants, il l'est moins sensiblement que lorsqu'il s'agit de donner un sens à une union, dès lors que le normatif demeure un concept plus ferme et dont le contenu semble à de nombreux égards plus certain quand les liens entre parents et enfants sont saisis par le droit. Quant aux couples, c'est là que se situent aujourd'hui les débats les plus vifs et les difficultés les plus grandes à faire du droit un instrument de justice efficient.

Il existe donc un profond paradoxe, qui à défaut d'être une découverte contemporaine, est bien exacerbé par les problématiques sociales actuelles, dans lequel chacun voudrait que soit admise sa conformité à l'archétype du couple, tout en vidant ce modèle de sa substance dès lors qu'une norme ne peut par définition intégrer complètement les marges, et qu'elle dépend même de leur existence véritable. C'est ainsi apparemment le principe

même du droit comme médiateur entre l'universel et le singulier⁵²² qui est ébranlé dans le droit de la famille, et plus particulièrement dans le droit du couple, puisque la norme tendrait alors à se confondre avec la normalité.

355. La signification conceptuelle du « normal » doit être étudiée (Paragraphe 1), ce qui conduira naturellement à examiner une question que l'on peut encore qualifier de nouvelle dans ses implications familiales, celle de ce que l'on ne craint plus d'appeler un droit subjectif à une « normalité » familiale dont la signification particulière dans le couple doit être analysée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Rappel des définitions de la normalité

356. Chacune des formes que peut prendre la normalité⁵²³ doit être distinguée, parce que les difficultés que soulèvent cette notion dans le couple pourraient être en partie liées aux confusions qui s'opèrent entre elles. En effet, ce qui est normal peut renvoyer aussi bien à un comportement neutre, moyen ou naturel (II) qu'à un comportement doté d'une valeur normative (II)

I. LE NORMAL NEUTRE

357. Lorsque la normalité est vidée de sa valeur, elle devient en vérité plus **invasive**, parce que se référant soit à une moyenne (A), soit à un « naturel » (B), qui finissent par imposer des attitudes pratiquement statistiques.

⁵²² Ce concept développé par M le professeur Jean-Marc TRIGEAUD, est au cœur de sa pensée, et de bon nombre de ses ouvrages. Citons par exemple notamment *L'homme coupable*, Bibliothèque de philosophie comparée, Tome 17, Editions Bière, Bordeaux, 1999, chapitre X, mais encore *Droits premiers*, Bibliothèque de philosophie comparée, Tome 20, Editions Bière, Bordeaux, 2001, et *Personne, Droit et existence*, Bibliothèque de philosophie comparée, Tome 24, Editions Bière, Bordeaux, 2009, p. 57 à 94

⁵²³ Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, Quadrige, PUF, 2009, [1943], 224 p.

A. le normal et la moyenne

358. D'abord, ce qui est normal peut-être ce qui correspond à une moyenne, étant entendue que ce niveau médium ne s'établit pas seulement quantitativement par rapport à une majorité, mais également qualitativement et alors il recouvre une mesure entre l'être et le devoir-être, entre ce qu'il faudrait faire et ce que chacun peut faire en pareil situation. L'a-normal se trouve alors repoussé au-delà et en deçà de ce point d'équilibre. C'est bien en ce sens qu'ont été étudiés les manquements aux obligations fondamentales du couple en tant que la lacune dans le respect de ses obligations par l'un des membres du couple correspond en quelque sorte à un excès⁵²⁴ d'obligations réalisées par l'autre. La responsabilité est alors engagée pour réguler cette situation extrême. Mais dans la constitution du couple lui-même, le couple extrême, comme par exemple celui qui ne partage pas le même toit, se verra justement rejeté des sphères de la responsabilité juridique qui refusera de se reconnaître dans cette union. Ainsi la responsabilité, qui avait été pensée pour régir les rapports de deux inconnus, se mue dans le champ très particulier des relations affectives en une suivante de la situation normale du couple socialement et donc juridiquement reconnu.

359. Or, il faut ajouter qu'au-delà du désordre que peut constituer l'anormalité si elle est comprise comme appartenant à la même aire que le normal et comme n'étant alors qu'un périphérique, il est possible de voir en elle un « non-ordre »⁵²⁵ qui appartiendrait alors à une dimension qui n'est pas comprise sur l'axe constitué par la norme, pas même en ses extrémités. Dès lors néanmoins, que ce non-ordre ne l'est que par référence à l'ordonnée de la norme, il pourrait tout autant être perçu comme un autre ordre, simplement différent, simplement étranger⁵²⁶. La réponse qui doit être formulée selon cet ordre alternatif est donc différente de celle qui est attendue dans l'ordre de référence. Sans vouloir introduire par là un relativisme absolu faisant de tout acte une norme, cette vision suggère une possibilité d'inclure philosophiquement l'anormal dans un domaine transcendant qui l'accepterait comme autre mais existant et signifiant malgré tout.

⁵²⁴ David BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Paris, L.G.D.J, 2005, 464 p.

⁵²⁵ Le doyen Carbonnier ne tenait-il pas à voir un « non-droit » dans le concubinage ?

⁵²⁶ Cf. Médée, l'étrangère à qui les mêmes lois ne s'appliquent pas...

B. Le normal et le naturel

360. Mais ce qui correspond à un phénomène jugé normal peut aussi être ce qui semble naturel. De trop nombreuses questions se soulèvent alors pour pouvoir espérer les résoudre toutes, mais l'on peut toutefois tenter de marquer quelques unes des différentes pistes de réflexion qui s'ouvrent à partir de ce point, d'autant que les réponses découlant de ces postulats ont une influence considérable sur le droit du couple et plus particulièrement encore sur la reconnaissance d'un couple en tant que tel par le droit. On ne compte plus en effet les juristes éminents et les philosophes qui ont paré le mariage de ses atours « naturels ».

Toutefois, la nature sur laquelle il est alors fondé peut-être celle des choses en admettant qu'il existât un ordre suprême, que celui-ci soit divin ou biologique, puisque c'est autour de ces deux pôles que se figent les positions dominantes, et sachant que c'est le second qui semble prendre le pas sur le premier dans nos sociétés où l'union de deux personnes serait presque réduite à une correspondance chimique⁵²⁷, déterminée *a priori*, mais elle peut être aussi celle de l'homme si l'on reconnaît que pour lui il n'existe pas de contingence en matière de vie familiale. On retrouve d'ailleurs ici aussi la domination exercée par les explications scientifiques de la vie humaine, le besoin de communauté étant réinterprété dans le cadre du mariage comme un besoin purement sexuel.

361. En somme, sont cristallisées autour du mariage toutes les problématiques essentielles ainsi que les critiques auxquelles le droit naturel doit faire face. Pour ce qui est de l'acceptation du mariage dans le code civil, puisqu'il faut adopter ici un champ restreint d'analyse et sur la nature et sur la vie commune, Bonnecase l'a découvert d'inspiration spiritualiste⁵²⁸, et il est vrai que Maine de Biran, par le caractère fondateur qu'il a accordé à la Volonté, nécessairement libre et consciente, dans l'âme à laquelle la personne est réduite⁵²⁹, a sans doute influencé les rédacteurs du code dans l'importance qui a été donnée à l'acte juridique. Cette volonté libre et consciente si présente dans notre Code civil ne semble pas

⁵²⁷ Pour une explication biologique de l'altruisme, voir Neil LEVY (dir.), *Evolutionary Ethics*, Ashgate, The international Library of Essays on Evolutionary Thought, 2010, 341 p.

⁵²⁸ Julien BONNECASE, *op. cit.*, p. 61 et 66.

⁵²⁹ Il faut se souvenir de la définition donnée par CARO, considéré comme l'un des plus fervents continuateurs de l'œuvre de Maine de Biran : selon lui « l'homme est une personne, c'est-à-dire une volonté libre » en le citant BONNECASE critique vivement cette assertion dans son ouvrage : « Réduire la personne à une volonté libre, et partir de là exclusivement pour organiser la famille et le cadre social, c'est complètement délaissé le point de vue expérimental pour le point de vue rationnel, risquer une rupture d'équilibre, et en conséquence voir faux », *opus cité*, p. 172..

devoir se référer à une quelconque nature si ce n'est peut-être la nature de l'homme d'où la volonté procède, mais puisqu'en même temps elle l'absorbe intégralement, il ne s'agirait que d'une référence artificielle. Pour autant, Bonnacase a aussi relevé que les rédacteurs du Code n'ont pu aller entièrement contre ce qu'il nomme « l'élément expérimental » en imposant tout à fait la volonté comme pierre centrale du mariage.

362. C'est ainsi que resurgit la nature, dans l'idée, que l'on pourrait cette fois bien réellement inféodée à une certaine conception de la nature de l'homme, que celui-ci désire naturellement partager sa vie avec celui qui est sa « moitié »⁵³⁰. Nul besoin de reprendre les célèbres développements de Portalis sur ce point pour s'en convaincre.

Il est plus utile cependant de reconnaître que certains liens ont été mis au jour entre la pensée de Maine de Biran et celle de Fichte, lequel a, dans une veine idéaliste transcendantale, développé une conception spécifique du droit naturel tout en fondant sa philosophie sur la subjectivité. Bien qu'il soit en effet connu pour son idée du « Moi pur », l'intersubjectivité a également un grand rôle dans son système de pensée puisqu'elle est, en tant que relation d'un Moi avec un autre Moi, la condition même de la subjectivité⁵³¹. Son projet n'est pas sans apport plus direct pour notre réflexion puisqu'il a souhaité réconcilier la liberté et la nécessité, ce qui n'a pas manqué de lui inspirer une certaine vision du droit familial, dont certains ont dégagé quelques incohérences au regard de ses Fondements du droit naturel⁵³².

363. Lorsque le normal est apprécié plutôt en référence à une valeur normative, il se pourrait qu'il devienne moins invasif, et que l'affect puisse y retrouver une place censée et fondatrice de la responsabilité qui découlera alors de l'anormalité.

⁵³⁰ Pour Saint Thomas, il y avait deux manières pour une chose d'être naturelle ; ou bien parce qu'elle est la conséquence directe et nécessaire de la nature, ou bien parce qu'elle correspond à un penchant. C'est à cette seconde manière que correspond le mariage. « Une chose est naturelle de deux manières ; d'abord comme découlant immédiatement des principes naturels, et comme effet nécessaire des causes de la nature (...). On appelle encore naturel ce à quoi la nature incline, mais qui se réalise par l'intermédiaire du libre arbitre, comme les actes des vertus et les vertus elles-mêmes que l'on qualifie de naturelles », *Somme théologique*, Tome XV.

⁵³¹ « Fichte Johann Gottlieb », *Encyclopédie philosophique universelle*, volume III, Les œuvres philosophiques, Tome I, p. 1757 à 1764.

⁵³² Philippe DESCAMPS, « Que faire du droit familial de Fichte ? », *Les études philosophiques*, janvier 2007, pp. 109-123.

II. LE NORMAL ET LE NORMATIF

364. La discussion se porte sur le point de savoir si ce qui est normal est ce qui se pose comme un modèle à suivre parce que représentatif de ce que l'on pourrait faire de mieux, ou si c'est un modèle de base en tant que seuil minimum atteignable *a priori* par chacun. L'interrogation est précieuse parce qu'elle confine à l'appréhension des rapports qu'entretiennent ce que l'on distingue comme ressortant du domaine du normal et ce qui a trait au normatif.

Ce qui est normal coïncide certainement alors avec ce qui advient en principe et par conséquent il est devient le normatif auquel il est pourtant si souvent opposé. Cette dernière acception de la normalité ne constitue pas cependant une véritable alternative aux termes précédemment proposés dans la mesure où elle s'apparente davantage à un point de chute vers lequel se tournent finalement aussi bien les tenants d'une normalité issue de la nature que l'on ne peut et ne doit reconnaître que ceux qui défendent l'idée d'une normalité venue de l'extérieur, dont le sujet informe l'objet⁵³³. Que l'on tende à la réalisation de l'essence d'une chose en la normalisant, parce que cette essence bien que dynamique a une direction *a priori*, ou bien que la normalisation de cet objet soit inhérente à une direction qui lui est assignée *a posteriori* en fonction de divers facteurs liés à la représentation que s'en fait un sujet donné, la question du mouvement à accomplir entre l'être et le devoir-être se pose inéluctablement. En tant que science normative, le droit a tout particulièrement besoin d'actualiser, d'incarner, conformément à la philosophie réaliste de l'intention noétique que le Professeur Trigeaud met en avant, le devoir-être dans l'être et ainsi il ne peut instaurer de séparation radicale entre l'un et l'autre.

365. L'opposition entre le normal et le normatif doit donc être relativisée, comme cela a déjà été fait par certains auteurs, mais souvent sous l'angle précis de l'opposition entre phénoménologie et structuralisme⁵³⁴, puisque ces deux philosophies

⁵³³ Il faut reconnaître là la querelle de la philosophie de la connaissance entre cognitiviste et non cognitivistes. Elle est par exemple exposée par GRZEGORCZYK, *opus* précité, p.

⁵³⁴ Bernhard WALDENFELS, « Normalité et normativité, entre phénoménologie et structuralisme », *Revue de métaphysique et de morale*, P.U.F, 2005/1, n°45, p. 57 à 67. Cet article assez bref reprend quelques théories de l'auteur selon lesquelles la « guerre » menée par les phénoménologues contre les structuralistes est par certains aspects « parricide » en ce que les deux mouvements peuvent se joindre sur le concept de normalisation, qui ouvre un passage entre le normal et le normatif dès lors que d'abord, ce qui semble normal a

prennent un parti contraire sur les relations entre le sujet et le monde qui l'entoure. La norme intéresse au plus haut point ces écoles en tant qu'elle peut être considérée comme l'émanation d'une structure sociale donnée, qui sera alors structurante pour l'individu qui l'intègre, mais aussi et dans un cheminement de pensée inverse, l'individu qui l'expérimente est celui qui la crée, et ce n'est pas alors une autre manière de ramener la règle à une manifestation de la volonté, mais bien une façon d'investir l'espace existant entre un objet et son sujet en remarquant qu'un objet ne peut être perçu que comme tel et que par cette forme de pensée analogique, mais aussi noétique, le sujet comprend l'objet et interagit avec lui qui n'est ainsi jamais entièrement donné dès le départ.

Entre ces deux visions d'un monde où s'opposeraient toujours le normal et le normatif, l'être et le devoir-être finalement, plusieurs voies de dépassement peuvent s'offrir dès l'instant que toutes les théories qui entendent donner leur sens à ces deux termes regardent seulement d'un point de vue contraire un même objet, que l'on nomme ce dernier norme, normalisation ou phénomène normatif⁵³⁵.

366. Une fois éclaircies ces différentes acceptions de la normalité, il est possible de mieux cerner sa place dans les responsabilités du couple.

Paragraphe 2. Le problème de la normalité dans le couple comme rapport humain fondamental

367. La référence à la norme, et à la normalité, qui est impliquée dans l'engagement d'une responsabilité sanctionnant une anormalité du comportement, **est problématique dans le couple.** Elle l'est en tout cas si l'on considère que l'affect ne peut avoir de valeur normative⁵³⁶. Mais elle l'est aussi si l'on opère une rupture entre la norme et la

toujours pour origine un normatif dont le joug a été oublié et qu'ensuite, le normatif s'élabore aussi dans une société donnée, avec ses normes de tout ordre. Ainsi, entre le sujet parfois démembré de la phénoménologie et le carcan structuraliste qui lui est imposé, il existerait par là une troisième voie qui permettrait de considérer la normalisation comme un processus, nourri de structures imposées de l'extérieur mais interagissant avec un moi qui perçoit ce processus en tant que tel.

⁵³⁵ Georges CANGUILHEM, op. cit.

⁵³⁶ Ce qui ne peut en fait être soutenu. Cf. *supra*. p. 61.

valeur affective dont elle est porteuse dans le couple (I), ou si l'on réduit encore l'affect à une abstraction dogmatique (II).

I. RETOUR DE LA REGLE A LA VALEUR

368. Une première solution peut être tirée de l'appréhension d'une norme où se mêleraient des éléments relevant de ce qui est intégré dans un réel social donné et de ce **qui**, dans ce réel, **susciterait l'adhésion de l'homme dans sa singularité** à un point tel qu'il devient lui-même porteur de ce qui n'est plus seulement une règle mais d'une valeur. Ce concept de valeur est décisif pour la résolution du conflit et amène à considérer une autre réponse au problème posé, qui pourrait bien se révéler plus riche que la première qui revient assez simplement à dissoudre dans une même mixture le social et l'individuel.

Il faut en effet recourir à la valeur pour ouvrir la possibilité d'un dépassement véritable. Une norme, qu'elle soit morale, religieuse, ou plus particulièrement juridique, n'existe qu'en vue de promouvoir un but particulier, avec ceci d'original qu'elle s'édicte nécessairement pour la réalisation d'un acte concret ayant pour effet d'assurer l'avènement de cette fin prédéterminée. C'est là le pendant axiologique du sens d'une norme. Mais dans le même temps, elle ordonne le monde selon une échelle de valeurs, puisqu'elle consiste en un choix portant sur la préférence que l'on accordera à tel objectif plutôt qu'à tel autre. Cette hiérarchie des valeurs⁵³⁷, qui place par exemple l'équité au dessus d'un intérêt purement personnel, ne peut se faire qu'à partir d'un monde donné⁵³⁸, d'un réel qui est sa source, et non pas seulement sa matière première. La vérification de cette affirmation tient notamment à ce qu'une échelle des valeurs qui serait constituée à partir d'une illusion sur le réel passerait pour fausse aux yeux de ceux qui devraient chaque jour la respecter, mais surtout elle serait profondément injuste. Il y a donc un versant ontologique dans la valeur, qui ainsi devient le sens de la norme.

⁵³⁷ Louis LAVELLE, *Traité des valeurs, Tome premier : Théorie générale de la valeur*, Paris, P.U.F, collection Logos, 1950, 744 p.

⁵³⁸ Précisons d'ailleurs qu'elle implique un cosmos, déjà distingué du chaos où il ne peut y avoir de Loi puisque tout est mêlé et que rien ne peut donc être hiérarchiquement ordonné.

369. La normalité, dans ces conditions, n'aurait de sens pour la philosophie du droit que prise dans son sens d'évaluation abstraite de ce que chaque homme pourrait faire en pareille situation, par où elle rejoint le plan de la normativité, et non dans le sens plus restreint, auquel il serait si facile de la limiter, d'un jugement quantitatif de ce que la majorité des hommes font dans ce cas. La reconnaissance d'un couple par le droit, qui y découvre alors nécessairement aussi des liens de responsabilité, est touchée par cette question de la relation entretenue par la normalité avec la normativité parce que les évolutions du droit de la famille semblent démontrer que la première est devenue, dans une optique purement rationnelle mais non dans l'expérience, la justification de la seconde dans un renversement des sens de ces notions. Il est significatif que dans ce contre-sens la normalité ait été réduite à son plus simple appareil, celui de la donnée statistique, estimée d'ailleurs à tort comme un reflet fidèle de la vérité alors qu'elle n'en est qu'un aspect restreint et non-signifiant *a priori*. C'est ainsi que l'on a considéré que le « normal » devait devenir un droit minimum auquel chacun devait avoir accès, sans voir que ce mode restreint de la normalité avait oublié sa genèse normative et s'était du même coup affranchi de l'échelle vivante ou dynamique de valeurs dont il fut le reflet⁵³⁹.

II. RETOUR DU FAIT AFFECTIF SUR LE FAIT DOGMATIQUE

370. C'est ainsi que notre recherche sur le sens de la normalité pousse incidemment à étudier les relations entretenues ici entre le droit et le fait.

L'affect, que l'on croirait facilement au cœur des préoccupations du droit contemporain de la famille, qui a pourtant bien appris à reconnaître par exemple les relations unissant les membres d'un couple « recomposé », est en réalité plus que jamais nié à un double niveau, celui de sa réalité, et même de sa vérité dans la personne d'abord. Il l'est

⁵³⁹ En conséquence, il est devenu un but (pour écarter toute confusion, il faut peut-être préciser que ce but est dépourvu de toute connotation axiologique puisqu'il est précisément considéré en dehors de la valeur, et même, en dehors de tout jugement de valeur) auquel le droit tend, et le mécanisme de la responsabilité joue dans cette évolution un rôle crucial

ensuite en tant qu'il est rejeté dans le non-droit le plus absolu, dans les incertitudes des faits, dont on ne peut pas comprendre le refus par le droit.

Il est impossible d'ignorer que René Savatier avait dénoncé en 1950 la place grandissante, envahissante qu'avait occupée « la simple structure de fait », au détriment des « structures idéales »⁵⁴⁰. Mais ce qu'il y dénonçait –c'est-à-dire la fin du concept juridique défini par lui comme une compréhension du fait sous l'angle d'une conception de la justice, ne semble pas incompatible avec l'autonomie certaine d'un droit par rapport au réel. Au contraire, il serait possible de considérer que ce détachement est la suite logique d'une première phase de distinction radicale de deux éléments au profit du fait nu.

371. Or, si l'on postule que **ce fait ne peut jamais être entièrement nu, mais qu'il a été pris pour tel au nom d'un « réalisme » dogmatique**, il faudrait admettre que la vérité était mieux perçue en reconnaissant le rôle qu'y tenait l'idée. Celui-ci s'affranchit d'une vérité, certes brute et subtile à la fois, qui n'est autre pourtant que sa cause et son objet. Coupé d'un tel ancrage, il est aisé de dire ensuite, puisque le droit ne peut se taire⁵⁴¹, bien que l'on puisse craindre que ce ne soit ce qu'il prétend faire lorsqu'il nie ainsi l'existence juridique d'un réel familial, et qu'il affirme qu'il y aurait une frontière entre le fait et le droit qu'il faut bien se garder de franchir, surtout si elle remet en cause certains textes positivement établis. S'il peut paraître abusif de pousser au bout une telle logique, il apparaît au contraire qu'il appartient justement au philosophe du droit de finir en pensée le chemin sur lequel on s'est avancé pour découvrir les véritables principes sous jacents de mécanismes aussi important que celui de la responsabilité, dans un domaine aussi directement touché par l'imbroglio qui vient d'être exposé que celui du droit de la famille.

372. Plus grave encore, le droit de la famille est, par l'effet de ce principe absurde selon lequel le monde du droit serait une dimension parallèle à celle dans laquelle chaque couple vit quotidiennement qui est celle du fait, confronté à certains obstacles qu'il ne pourra dépasser sans revenir à un certain réalisme.

⁵⁴⁰ René SAVATIER, « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, L.G.D.J, Paris, 1950, p. 75 à 92.

⁵⁴¹ Cyril LE MEUR, « Littérature et droit. Quelques réflexions », in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 46, Dalloz, Paris, 2002, p. 443 à 470.

D'ailleurs, il est des philosophies du droit que l'on ne saurait mésestimer qui définissent le droit comme un fait social pour lequel l'« explication compréhensive » s'impose, définition à laquelle il est plus que raisonnable d'adhérer⁵⁴², et tout particulièrement lorsque l'on vise une étude de la famille dès lors qu'elle constitue communément la « cellule » de base de la société, le lieu où se dessinent les premières règles du comportement, où se construisent les premières échelles de valeurs.

373. Les mêmes difficultés, posées par une méconnaissance de l'affect qui est pourtant une donnée avec laquelle le droit de la responsabilité compose déjà, sans toujours le savoir, se présentent lorsque la réponse qui doit être donnée concerne un lien de filiation et non plus un lien conjugal. Quoique les problématiques ne soient pas tout à fait tout à fait orientées sur les mêmes points relatifs à une normalité familiale, elles sont néanmoins, par leurs points saillants, révélatrices d'une même ambivalence de la place que joue l'affect.

⁵⁴² Voir par exemple le texte de GRZEGORCYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1982. L'auteur emploie lui-même les mots de Max Weber quant au caractère compréhensif que doit prendre la science du droit. Le droit est ainsi inclus dans un système où les valeurs elles-mêmes sont des faits sociaux, selon cet auteur. Cette analyse doit être admise au moins en tant qu'elle affirme la possibilité profonde de l'objectivité de telles valeurs, par le caractère social qu'elle revêt. Mais il serait réducteur de poser une telle interprétation de l'hypothèse de Grzegoryk, alors que précisément, l'une des parties les plus passionnante de son raisonnement vise à remettre en cause les catégories hégémoniques tant du point de vue de l'ontologie que de celui de l'axiologie, de l'objectif et du subjectif, de l'interne et de l'externe. Il va de soi qu'il sera nécessaire de revenir largement sur ce point et sur cet auteur dans de prochains développements, cela étant d'une importance capitale pour démêler les catégories du voulu et du non voulu qui, semble-t-il, traverse tout le droit de la famille et partant les questions de responsabilité qui s'y attachent. Cf. *infra*. Signalons la recension critique qui a été faite de cet ouvrage par M. le professeur Jean-Marc TRIGEAUD, paru aux *Archives de Philosophie du droit*, T.29, Paris, 1984, p. 402 à 410..

Section II. Fondement affectif d'une responsabilité filiale née de la dissociation du lien biologique et du lien légal

374. La filiation⁵⁴³ qui est un état dont le droit ne fait que tirer les conséquences et fixer le cadre, entraîne une forme de responsabilité singulière, lorsqu'elle est troublée, au cours de son existence, par un comportement dommageable.

Cette responsabilité, que l'on pourrait croire automatique, ou du moins plus automatique que celle qui peut exister dans le couple, est d'une part fondée par la présence d'un affect, et d'autre part fondatrice de la famille, dès lors que c'est à l'existence d'enfants que l'on attribue généralement la capacité à faire la famille⁵⁴⁴.

375. Quant aux fondements de cette responsabilité filiale, il est parfois recherchée dans une vérité qui se targue d'être unique et univoque, que ses frontières soient fixées dans le domaine du biologique ou dans celui du sociologique, et qui tend à s'exaspérer en une forme bien vite assimilée à l'affectivité. Ce qu'il serait ici aisé de prendre pour une forme de néoromantisme juridique pourrait bien n'être qu'un avatar d'idéalisme objectiviste⁵⁴⁵.

Lorsqu'en effet, la responsabilité est présentée comme reposant sur une vérité soit biologique, soit légale et sociologique, c'est au sens de la responsabilité comme engagement que l'on se réfère, sans pouvoir expliquer par là le sens de la réponse donnée. En somme, cette distinction du biologique et du juridique dans la filiation appliquée à l'éclairage de la responsabilité en tant que réponse donnée pour le passé, confond des éléments contingents relatifs à une différence de situation avec des données fondatrices.

376. D'autres fois, c'est dans un risque parental que les fondements de cette responsabilité sont encore recherchés. Cette analyse a certes beaucoup d'importance,

⁵⁴³ Emile BENVENISTE note que la filiation est, dans le langage, masculine, c'est-à-dire que c'est la référence à un père commun qui la fonde, voir, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I : Economie, parenté, société ; II : Pouvoir, droit, religion*, Paris, Les éditions de Minuit, 1969, p. 205.

⁵⁴⁴ Comme cela tend à être admis de plus en plus largement.

⁵⁴⁵ Sur le critique de l'argument objectiviste, voire la thèse d'Aymeric D'ALTON, *La critique de l'objectivisme dans la philosophie du droit du XXème siècle*, Bordeaux, 2006.

depuis notamment que Léon Husson⁵⁴⁶ a vu dans la considération du risque l'un des points de transformation majeur du droit de la responsabilité, mais elle n'épuise pas pour autant l'originalité de ce sur quoi repose un tel mécanisme. En effet, dire que la responsabilité parentale est devenue peu ou prou une responsabilité pour risque n'explique pas quel est ce risque ni comment et pourquoi c'est lui qui est mis en avant. Supposer que cette forme de la responsabilité civile que l'on ne saurait plus dire nouvelle n'a que des conséquences sur le régime de la responsabilité, sans se préoccuper davantage de ses implications et du sens qu'elle prend alors ne peut suffire à l'heure précise où l'on cherche à renouveler tout un système de la responsabilité qui aurait perdu de sa cohérence. Cette fois encore, ce qui pourrait à la limite éclairer le sens de l'engagement, qui d'ailleurs n'est pas en fait regarder comme pouvant ordinairement concerner le droit de la responsabilité, est confondu avec une cause explicative des modalités de la réponse donnée et due en vertu de cet engagement.

377. Nombreuses sont par ailleurs les études qui portent sur les « mythes » qui seraient à l'origine de la responsabilité parentale⁵⁴⁷. En reposant notamment sur l'idée d'une perpétuité du couple parental, ces mythes mettent pourtant hors d'analyse les situations dans lesquels en fait le lien parental n'est pas constant.

Sans qu'il soit totalement rompu, puisqu'il a été dit déjà que dans une situation d'abandon la responsabilité n'était pas même envisagée en principe, il peut néanmoins subir des atteintes, par l'action même du parent. En ces cas spécifiques, le trouble se greffe à une déconnexion du lien légal et du lien biologique, à laquelle il faut donc bien faire une place, non pas en tant que valeur explicative, mais en tant qu'élément de fait à saisir et à partir duquel l'affect se dégage comme fondateur. Ainsi, deux grandes familles de situations familiales mettent au jour la singularité de l'engagement de la responsabilité dans le lien de filiation, marqué par la présence d'un affect. D'abord, celui qui est bien le parent d'un enfant peut remettre en cause le lien légal de filiation à tort et causer ainsi un préjudice à son enfant (Sous-section I), et ensuite le parent légal qui se sait ne pas être le parent biologique peut

⁵⁴⁶ Léon HUSSON., *Les transformations de la responsabilité, Étude sur la pensée juridique*, Paris, P.U.F, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947, 544 p.

⁵⁴⁷ Outre l'article de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », in *R.T.D civ.* n°2, avril-juin 1995, Paris, p. 249 à 270, qui traite en partie du poids de ces mythes dans les relations parentales, il faut citer l'article de Gilda NICOLAU, « L'autorité parentale à l'épreuve », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 141 à 176, qui n'hésite pas à affirmer que : « Ce que le droit se refuse à régir des sentiments humains, s'exprime dans ses mythes », p. 172.

également commettre une faute en dénonçant une filiation qu'il avait accepté d'assumer (Sous-section II).

Sous-section I. LA RESPONSABILITE DU PARENT BIOLOGIQUE DANS LA REMISE EN CAUSE D'UNE FILIATION LEGALE CONFORME

378. Sans que **l'affect** ne puisse jamais être préservé des glissements de son appréciation vers l'abstraction, il **influe** pourtant **sensiblement sur les situations de responsabilité** dans lesquelles un parent cause un préjudice à son enfant, soit parce qu'il conteste sa filiation de façon abusive (Paragraphe 1) soit parce qu'il la perturbe à tort (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La contestation abusive de la filiation par le parent biologique

379. Tandis que dans la situation où le géniteur ne s'est pas fait connaître, du moins pendant un certain temps, il était possible de remettre en cause, dans notre acception volontariste de la filiation, **le fait que ce dernier soit bien le parent, le doute n'est plus permis dans le cas où l'homme et la femme dont est issu un enfant se sont déclarés tels**, et ont même parfois vécu plusieurs années comme tels. Il existe pourtant des hypothèses dans lesquelles un parent conteste le lien qu'il a établi avec son enfant, et, dans la mesure où il s'avèrera être bien l'ascendant biologique de ce dernier, il pourra voir sa responsabilité engagée.

380. Il est à ce propos tout à fait remarquable que l'on puisse d'une part condamner celui qui, par le biais d'un abus du droit de contester sa filiation, aura causé à l'enfant un préjudice certain, tout en organisant d'autre part la possibilité pour les personnes dont on ne

nie pas leur qualité de parents biologiques d'abandonner leur enfant, dont le préjudice n'est pourtant peut-être pas moins certain.

381. La responsabilité de celui qui conteste sa paternité de manière abusive peut être engagée et paraît faire écho à l'erreur qui a été définie lorsque la position du père n'ayant jamais établi sa paternité était étudiée⁵⁴⁸, dans la mesure où il semblerait qu'une attitude analogue soit sanctionnée. Certes, il ne s'agit plus de condamner à réparation celui qui s'abstient de reconnaître l'enfant qu'il sait être le sien, mais celui qui remet en doute sa paternité après plusieurs années, en agissant en contestation de reconnaissance.

Dans les deux cas, l'on en conviendra sans doute, ces pères manquent de diligence et de considération pour la filiation de leur enfant, mais celui qui est étudié maintenant, plus rare, semble traité avec plus de sévérité. Cela semble pouvoir s'expliquer par la blessure affective infligée de manière injuste, qui ne consiste plus alors en un espoir déçu mais en un véritable rejet, mais qui est limitée en principe⁵⁴⁹ par le jeu des délais d'action, à l'enfant, qui ne peut alors que voir la déconsidération paternelle à son égard. Cela est d'autant plus vrai que ces affaires interviennent souvent lorsque se sont les relations entre la mère et le père qui se distendent ou s'interrompent. C'est en pratique la rupture avec la mère que les pères consomment par une tentative de rupture avec les enfants.

Cette situation est précisément celle à laquelle les juges ont eu affaire dans un arrêt qui a ainsi condamné au paiement de dommages et intérêts celui qui souhaitait faire annuler sa reconnaissance de deux enfants déjà âgés de dix et quatorze ans, en les soumettant à une expertise génétique, et ce alors qu'il en était réellement le père⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Cf. *supra*. p. 184 et s.

⁵⁴⁹ Voir Catherine HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, thèse, Frédérique GRANET-LAMBRECHTS (dir.), P.U.S, Strasbourg, 2012, 368 p. L'auteur note que « Les délais du droit de la filiation ne sont un obstacle à l'anéantissement ou à l'établissement tardif d'une filiation qu'à la condition d'être appliqués. Or, il apparaît que cela n'est pas toujours le cas. Il y a à cela deux raisons. Tout d'abord, plusieurs voies permettent au demandeur de se soustraire aux délais normalement applicables pour se soumettre à des délais plus longs. Ensuite, l'expiration de certains délais ne peut être relevée d'office par le juge, de sorte que les parties à un procès relatif à la filiation peuvent s'entendre pour ne pas l'invoquer. L'action peut alors être engagée à tout moment », p.200-201. L'on voit bien dans ce dernier exemple comment les relations de l'affect et du biologique se chargent d'ambiguïtés : tandis que l'affect se calque sur le biologique, pour devenir un élément second, dans toutes ces situations où la responsabilité du parent biologique qui manque à son devoir vis-à-vis de son enfant est engagée, l'élément biologique peut aussi devenir un obstacle à l'épanouissement de l'affectif, qu'il écrasera alors de tout le poids de sa « vérité ».

⁵⁵⁰ Dijon, 9 juin 1998, D. 2000, somm. p. 168, obs. Sandrine. HENNERON.

382. Si le **préjudice moral** causé à son ancienne compagne relève d'une interprétation classique des atteintes à l'honneur⁵⁵¹, celui **qui a été retenu à l'égard des enfants aurait pu paraître plus surprenant puisque les enfants n'ont finalement pas été privés de leur lien de filiation**⁵⁵², et que c'est d'ordinaire ce contenu matériel là qui justifie la réparation en matière de contestation de paternité. Ce sont ici les expertises sanguines ordonnées par les juges qui ont été analysées comme dommageables, dès lors qu'elles revêtaient un caractère traumatisant pour des enfants mineurs mais en âge de comprendre les finalités d'une telle procédure. L'observation du fondement sur lequel repose un tel préjudice ne va pas sans soulever quelques difficultés, auxquelles les juridictions du fond ont tenté d'apporter plusieurs réponses. En effet, tandis que quelques années auparavant, les juges de la cour d'appel de Bordeaux avait mis en avant le caractère attentatoire à la personne de la mesure d'expertise elle-même⁵⁵³, les juges dijonnais en ont faits en 1998 un véritable préjudice d'affection, dont l'existence dépend de la capacité des enfants à assimiler les analyses sanguines demandées à une attitude de rejet de leur père.

383. Cela étant dit, il serait manifestement erroné de s'en tenir là pour en déduire que la réparation vise uniquement à compenser la blessure des enfants dans leurs sentiments filiaux, puisqu'alors toute contestation de paternité, quel qu'en soit l'auteur et quel qu'en soit le sérieux dans les motifs devrait conduire à dédommager les enfants, qui ne peuvent qu'être heurtés par de tels démarches. L'importance du fait que le père conteste à tort sa reconnaissance n'est donc absolument pas négligeable, puisque le préjudice affectif dont il est ici question commande que les enfants se voient rejetés par celui qui est effectivement leur père biologique, et conduit à observer la nature de la faute sanctionnée en l'espèce.

384. Le parallèle avec la situation de l'absence de reconnaissance paternelle et l'accouchement dans l'anonymat qui est bel et bien un abandon « volontaire »⁵⁵⁴, ne manque pas d'intérêt au fond. Ce qui fait le lien entre toutes ces situations et l'absence de

⁵⁵¹ La remise en cause de la fidélité est classiquement considérée comme une atteinte à l'honneur de la femme. Cf. TGI Paris, 6 avril 1973, JCP G 1974, IV, p. 312, qui concernait une femme mariée, mais la solution est appliquée sans distinction aux concubines.

⁵⁵² Sur ce point, voir *infra* sur la contestation de reconnaissance mensongère, p. 264.

⁵⁵³ Bordeaux, 6^{ème} ch. A, 2 juin 1992, D. 1993, somm. p. 163, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS. On peut observer qu'en l'espèce, le caractère attentatoire à la personne était constitutif d'une aggravation du préjudice mais non identique au préjudice lui-même ; la question restait donc dans une certaine mesure ouverte de savoir quel était-il exactement. C'est donc plus une précision qu'une véritable évolution que présente l'arrêt de bordeaux.

⁵⁵⁴ Cf. *supra*. p. 110.

responsabilité qui s'en suit en principe, c'est que la responsabilité peut ressurgir toutes les fois que l'enfant et le parent se connaissent.

Mais ces situations se ressemblent aussi en ce qu'elles soulèvent également toutes la question de savoir ce qui justifie que celui qui ne fait que contester sa filiation soit moins évidemment responsable que celui qui va jusqu'au bout du processus en rejetant non plus seulement affectivement, mais encore en droit, la filiation de son enfant. Dans le premier cas, la rupture n'est pas consommée, ou du moins n'est-elle peut-être pas irrémédiable, et la responsabilité porte son nom sans se sentir illégitime. Dans le second, le lien filial est dissout et les dommages ne sont pas moins évidents que dans la situation précédente, mais la responsabilité ne s'affiche pas telle, et semble bien plutôt déborder des limites dans lesquelles on l'a d'abord contenue. Sans rechercher d'explications lointaines à ces différences, il suffit peut-être de regarder du côté des conséquences, qui sont la possibilité d'une adoption dans le second cas. Cet espoir engagerait à privilégier une fin « honorable » de la relation entre les parents de sang et l'enfant.

Mais à cette explication trop vite trouvée, il faudrait tout de suite objecter que celui qui a été blessé par une contestation abusive devra lui aussi recommencer un nouveau lien, mais avec le même parent, qui a pourtant lui aussi failli en un instant de faiblesse ou en un manque plus grave.

385. Outre ces cas de contestation de la filiation par le parent biologique de l'enfant, il existe e façon plus générale des cas où le parent perturbe la filiation de son enfant et lui cause un dommage qui relève de l'affection.

Paragraphe 2. La perturbation dommageable de la filiation par le parent biologique

386. La responsabilité engagée lorsque le parent d'un enfant en perturbe la filiation ne s'explique que s'il est admis que l'élément affectif est préexistant. Parce qu'il devrait exister entre le parent et son enfant, le premier peut adopter un comportement illicite en exerçant une action qui n'est fautive que parce que provenant de lui. C'est la qualité particulière de l'auteur à l'égard de la victime qui justifie qu'une responsabilité soit admise.

L'affect joue cependant un rôle qui semble insuffisamment conscient, parce que s'il devrait être apprécié concrètement, à l'aune d'une situation filiale spécifique (I), il est trop facilement réduit à la recherche abstraite d'une volonté (II).

I. VERIFICATION IN CONCRETO DE L'ADEQUATION DU COMPORTEMENT PARENTAL A L'EXISTENCE D'UN AFFECT PRESUME

387. Sans exagérer la portée des décisions dont résultent la plupart des analyses exposées en matière de responsabilité du parent qui n'établit pas ou mal son lien avec un enfant⁵⁵⁵, **il est possible d'y voir le symptôme d'une évolution plus globale qui joue en droit de la famille et en droit de la responsabilité, et qui se noue autour de l'affect.**

La prise en considération de l'élément affectif blessé constitue en vérité un moyen d'introduire la justice dans un système de lois marqué par le subjectivisme qui, au nom de la volonté, pose le principe de la liberté d'établir ou non une filiation, et de la contester. En effet, loin d'être lui-même réductible à une subjectivité que ne s'exprimerait juridiquement que par la volonté, *l'élément affectif est ici le seul instrument capable d'amener le droit à connaître une situation des personnes.* Quoique la forme affective soit plus évidente du côté du préjudice moral des enfants, elle touche aussi bien la faute, qui est alors celle d'un parent défaillant.

388. Au-delà de l'obligation déduite du préjudice qui pourrait lui être faite de ne pas blesser le lien affectif de ses enfants⁵⁵⁶, **c'est l'obligation positive de se conduire en parent présent qui apparaît.** L'affect, comme fait juridique, et comme source d'actes juridiques, est

⁵⁵⁵ Cf. *supra*. p. 176 et s.

⁵⁵⁶ Les auteurs ne semblent avoir d'yeux que pour cette obligation de ne pas faire, qui renverrait à un droit subjectif à l'affection qui serait aux mains des enfants. L'existence d'un tel droit parcourt d'ailleurs tout le droit de la famille, et ce à chaque fois qu'il y a engagement de la responsabilité civile. Or, il semble que l'originalité de l'élément affectif est justement de permettre de sortir de la subjectivité ou de l'intersubjectivité dans laquelle on tend à enfermer les relations familiales.

alors une valeur qui, dans sa subjectivité radicale, exige l'objectivité d'un devoir être qui s'impose au droit.

Sans qu'il soit justement besoin de rechercher un nombre potentiellement illimité d'éléments relatifs à l'état d'esprit dans lequel se trouve les parents et les enfants, les premiers font un usage abusif de leur droit de ne pas reconnaître ou de contester leur filiation et causent par là même un préjudice réparable aux seconds, dès lors qu'ils sont effectivement les parents. L'affect est alors encore la valeur que protègent les juges en considérant qu'un tel comportement est fautif, et il est de surcroît le pendant nécessaire d'une vérité biologique qui le présume, et la jurisprudence gagnerait peut-être à assumer un élément affectif ainsi conçu. Celui qui est parent doit assumer cet état, non seulement matériellement mais encore affectivement.

389. Encore faudrait-il pouvoir dire ce que c'est d'être parent, car bien que la généalogie soit dans ces cas souvent mise en lumière, il en est d'autres pour lesquels c'est celui qui se sera engagé à se conduire en parent au-delà de la réalité biologique qui devra supporter la responsabilité de sa défection⁵⁵⁷. On voit donc poindre cette idée que c'est le désir d'être parent qui semble souvent prévaloir dans cette place toute particulière que doit prendre au moins un adulte auprès d'un enfant. Avec la considération croissante pour les droits de l'enfant⁵⁵⁸, ce dernier n'est plus un « don », ou une réalité avec laquelle on compose son existence parentale, mais il est devenu l'objet d'un désir parental. Et ce désir est loin d'avoir une importance marginale dès lors qu'il paraît même constituer le cœur de la parenté aujourd'hui. L'enfant ne vient plus que de soi-même.

Ce qui compterait avant tout, c'est que les parents souhaitent avoir un enfant, comme si cela leur garantissait alors d'être de « bons parents ».

⁵⁵⁷ Cf. *infra*. p. 267 et s.

⁵⁵⁸ Voir par exemple l'étude d'Irène THERY, « Convention des Nations Unes et idéologie des nouveaux droits de l'enfant », in *Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant*, Confrontations européennes régionales, Lyon, 1991, p.333 à 341, qui montre bien comment les droits de l'enfant sont l'objet d'une idéologie. Mais on peut renvoyer plus largement aux critiques qui avaient été émises par Michel VILLEY sur l'idéologie des droits de l'homme, d'où découle celle des droits de l'enfant. Voir Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Quadrages, P.U.F, Paris, 2009, 169 p.

II. GLISSEMENT DE L' APPRECIATION IN CONCRETO DE L' AFFECT A LA CONSTATATION ABSTRAITE D' UNE VOLONTE

390. Le « **bon père de famille** »⁵⁵⁹ n'est plus celui qui gère raisonnablement les intérêts de siens, mais **celui qui veut prendre cette responsabilité**. Il en découle que celui qui par exemple ne veut pas être le père, ne devrait pas être obligé dans cette fonction. La même idée se retrouve d'ailleurs dans l'exercice des droits de visite et d'hébergement qui peuvent être attribués à l'un des parents après une séparation du couple, ou dans le cadre de mesures d'assistance éducative, puisque le non-exercice de ce droit ne peut pas être sanctionné⁵⁶⁰.

391. Mais il faut alors s'interroger sur la compatibilité de ce droit à ne pas établir sa filiation et celui dont la tendance actuelle veut qu'il s'analyse en un nouveau droit subjectif : celui du droit à l'enfant. La conciliation de ces deux droits n'est en vérité pas aussi complexe qu'elle n'y paraît d'abord. Car c'est parce que, comme cela vient d'être suggéré, l'enfant est l'objet d'un droit qui serait celui de l'adulte, qu'il est aussi nécessairement l'objet d'un potentiel refus de sa part. Le droit à l'enfant implique donc de soi un droit à ne pas avoir d'enfant. Pour chacun de ces droits, dits subjectifs, il s'agit de regarder le désir du parent, d'une manière pratiquement unilatérale, comme si sa relation avec l'enfant ne regardait que lui, oblitérant alors franchement la personne de l'enfant, alors même que ces droits sont parfaitement concomitants de sa mise au premier plan des préoccupations sociales et politiques.

⁵⁵⁹ S'il est permis d'user de l'expression désormais désuète dans son contexte original.

⁵⁶⁰ La cour d'appel de Paris avait ainsi récemment décidé que « le droit de visite et d'hébergement du père ne constitue pas une obligation dont le non-respect impliquerait un dédommagement », et que donc aucun dommages et intérêts ne pouvaient être attribués dans ce cadre à l'enfant. Paris, pôle 3, ch. 3, 6 mai 2010, jurisdata n°2010-006249. Ce droit ne pourrait donc jamais être un devoir pour le parent bénéficiaire et cela se justifierait par la qualité élective des relations humaines. On trouve tout de même quelques exemples de décisions contraires, mais elles sont isolées : TGI Poitiers, 15 novembre 1999, B.I.C.C du 15 novembre 2000, n°1294 qui considère que le non-exercice du droit de visite est constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, et TGI Saint-Brieuc, 25 novembre 1980, Dr. Enfance et famille, 1/1980, p.146, qui condamne à une astreinte de 100 francs par jour le père qui ne voit jamais ses enfants, au motif que le droit de visite est une obligation, dont l'inexécution cause à l'enfant un préjudice. Notons que dans ces deux décisions, c'est aussi l'affect qui fonde l'engagement de la responsabilité : c'est à l'équilibre à l'enfant qu'il est porté atteinte. Ainsi donc, le même élément justifiera tantôt que l'on refuse de voir dans l'exercice du droit de visite et d'hébergement un devoir, tantôt qu'au contraire on en fasse une obligation parentale.

392. Dans le cas de l'accouchement dans l'anonymat⁵⁶¹ comme dans celui d'un défaut d'établissement du lien de paternité, il faudrait d'ailleurs s'interroger sur la nature de ce droit « subjectif », de ne pas se rattacher un enfant. Conformément aux fondements volontaristes de la filiation dans notre droit positif, il y aurait une liberté, un droit fondamental qui pourrait, et qui devrait même, s'exercer ainsi. Or, dès lors que la responsabilité, assurément rare en pratique mais entièrement possible en principe, pourrait bien être engagée, la nature de cette liberté ne peut plus se passer d'analyses. Dira-t-on que l'engagement d'une responsabilité ne peut constituer en soi un obstacle de nature à disqualifier le droit subjectif ? Sans doute la responsabilité peut-elle être engagée dans l'abus d'un droit subjectif ou dans le non-exercice d'un droit subjectif. Mais dans les deux situations qui font l'objet de ces développements, l'abus est apparemment irrémédiablement inclus dans l'exercice de ce « droit » lui-même, quoiqu'il ne se révèle qu'au moment de la confrontation de l'enfant et de son parent.

393. Les difficultés que posent donc une appréhension tronquée ou détournée de l'affect dans la responsabilité filiales existent non seulement lorsque le parent biologique conteste ou trouble la filiation de son enfant, mais encore lorsque c'est un parent légal, qui connaît la réalité biologique de son état et qui l'a accepté un temps, qui conteste le lien qui l'unit à celui qui est bien devenu son enfant.

Sous-section II. LA RESPONSABILITE DU PARENT LEGAL DANS LA CONTESTATION D'UNE FILIATION NON CONFORME A LA BIOLOGIE

394. Lorsqu'un parent accepte de s'engager envers un enfant qu'il sait ne pas être génétiquement le sien, il doit ensuite assumer une responsabilité particulière s'il trahit cet engagement.

⁵⁶¹ Brigitte TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Strasbourg, P.U.S, L.G.D.J, 1994, , p. 513 à 531. Pour une approche de psychologie, voir Catherine BONNET, *Geste d'amour, accouchement sous X*, Paris Odile Jacob, Janvier 1990, 276 p.

Deux situations sont ainsi comparables à une adoption⁵⁶², et peuvent être sujettes à la reconnaissance d'une responsabilité du parent à l'égard de son enfant : il s'agit de la situation de celui qui consent à une procréation médicalement assistée, parce qu'il sait que l'enfant conçu ainsi ne sera pas biologiquement le sien (Paragraphe 1), aussi bien que de la situation, plus délicate encore, de celui qui procède à une reconnaissance mensongère d'enfant, qu'il sait telle, qui la conteste ensuite (Paragraphe 2)⁵⁶³.

Paragraphe 1. Responsabilité et procréation médicalement assistée

395. En raison de l'absence de référence à un affect concret, **la place de la biologie dans les responsabilités fixées en cas de désordre dans l'établissement d'une filiation non conforme à la biologie est ambivalente (I)**. Cette ambivalence explique les difficultés que rencontre l'établissement particulier de la responsabilité de celui qui refuse de fixer en droit la filiation de son enfant né d'une procréation médicalement assistée à laquelle il a bien consenti (II).

I. AMBIVALENCE DU REGARD DU DROIT POSITIF SUR L'ETABLISSEMENT DE FILIATIONS NON CONFORMES A LA BIOLOGIE

396. **Le droit porte un regard ambivalent sur la possibilité qui est offerte de fixer en droit une filiation qui n'est pas conforme à la biologie.** S'il n'est pas *a priori* condamnable d'établir une filiation fautive, en voulant ainsi donner un parent à celui qui n'en

⁵⁶² Cf. *infra* p. 516.

⁵⁶³ Si le père est alors visé plus spécifiquement par ces responsabilités, il existe des cas exceptionnels d'engagement d'une responsabilité de la mère lorsqu'elle établit ou laisse s'établir une fausse paternité, mais c'est alors plutôt à l'homme trompé qu'elle doit répondre, et non à son enfant, alors même que ce dernier pourrait certainement invoquer un préjudice.

a pas, il a pu advenir que la responsabilité soit engagée lorsque cet établissement prive le parent véritable de la possibilité d'établir en droit sa position parentale, ou l'enfant de connaître ce parent évincé. Une telle responsabilité a celui de paradoxale qu'elle paraît reposer autant sur un surinvestissement de la biologie (A) que sur une valorisation de la volonté (B), qui est prise pour un affect.

A. Revalorisation relative de la biologie

397. Chercher à **démêler l'élément fondateur de la responsabilité et de ses apparitions dans la vie des parents et des enfants contraint à mesurer l'impact des classifications qui sont pratiquées en droit**, et qui opposent les deux seules vérités catégorielles qu'elles connaissent ; la vérité biologique, et la vérité qualifiée de sociologique. Leur opposition pourrait pourtant prêter le flanc à la critique notamment depuis que la seconde a tendance à être absorbée par une certaine idée de la vérité affective, trop vaguement définie et donc purement et simplement dénuée de toute objectivité, mais surtout trop gravement inféodée à la volonté individuelle. D'une certaine manière, le fait de réduire ainsi le domaine sociologique à celui des sentiments leur porte un coup fatal dès l'instant qu'il s'avère que le rétrécissement opéré vide la vérité sociologique de ses possibilités normatives déjà fragiles, et que l'affect lui-même perd sa substance en devenant en ce domaine un synonyme de la vie commune⁵⁶⁴ autant que de la volonté de l'adulte qui désire que le droit, par le moyen de la responsabilité, fixe ses relations avec l'enfant, quitte à ce que cette volonté ait même pour objet une « vie familiale projetée »⁵⁶⁵.

398. Ensuite, la création d'un lien juridique entre des parents et leur enfant implique une responsabilité certes automatique, mais fondée, semble-t-il, sur des considérations tenant au biologique tant qu'il n'est pas contrarié par l'affect dans la

⁵⁶⁴ Cela est notable par exemple lorsqu'il est question de permettre aux tiers qui vivent quotidiennement avec l'enfant envers lequel ils pourraient entretenir des liens de responsabilité fondés sur les sentiments qu'ils auraient développés pour lui. Deux remarques doivent être immédiatement formulées à ce propos : d'une part il y aura à discuter de la notion d'« intérêt de l'enfant » en permanence mise en connexion logique avec ces considérations affectives, qui paraissent partielles. D'autre part, il n'est donc pas question de critiquer le fait d'envisager la reconnaissance d'un lien de responsabilité entre un tiers et un enfant, mais bien de remettre en cause la façon dont on l'explique, puisqu'en l'occurrence il appert que l'élément affectif sur lequel on la fonde n'est pas défini.

⁵⁶⁵ La notion de « vie familiale projetée » a été développée par la jurisprudence européenne, pour le couple (CEDH, 28 mars 1985, Abdoulaziz c/ Grande Bretagne), ou pour la filiation (CEDH, 22 juin 2004, Pini et Bertani c/ Roumanie, Dr Fam, septembre 2004, n°41, décembre 2004, n°30, Adeline GOUTTENOIRE, Pascale SALVAGE-GEREST).

mesure où le sentiment peut ici faire obstacle à ce que les géniteurs soient aussi les responsables de l'enfant. Dans le même temps, il apparaîtrait que l'élément affectif, tel qu'il est conçu actuellement, c'est-à-dire comme électif, devienne de plus en plus un antécédent du biologique puisque l'enfantement serait un choix. Les deux types de vérités que l'on oppose forment en fait un tout que l'on ne peut clairement dissocier sans forcer la réalité.

La question se trouve d'ailleurs compliquée par l'existence d'une vérité de la parenté que certains anthropologues qualifient de « métaphorique »⁵⁶⁶, et qui paraît ne pas recouvrir exactement la parenté sociale. La métaphore dont il s'agirait prendrait la forme plus particulière d'une métonymie, selon laquelle on appelle dans des sociétés « exotiques »⁵⁶⁷ sa sœur, sa fille, ou dans nos sociétés son beau-père, père.

Cette réflexion ne peut qu'être troublante lorsque l'on songe, outre les dénonciations des « mythes fondateurs en droit de la famille »⁵⁶⁸, aux nombreuses études actuellement menées sur la place qu'il conviendrait d'attribuer *juridiquement* aux beaux-parents, confondant par là même filiation et autorité parentale⁵⁶⁹.

399. L'anthropologie a aussi le grand mérite de rappeler que la filiation peut être déterminée par une vérité biologique que le droit aura construite. En effet, si nul ne songe plus que la biologie puisse être sujette elle-aussi à une certaine idéologie dès lors qu'il existe en la matière un certain nombre de positivités scientifiques qui sont acquises, il faut cependant voir que le droit en saisissant cette connaissance, la modèle, et que le positivisme correspond bien à une certaine manière d'envisager les choses du droit.

Ce qui relève de la biologie dans la relation qu'entretiennent les parents avec leur enfant ne correspond pas nécessairement à ce qui en ressortait il y a quelques années seulement, et il ne faut pas y voir seulement le résultat des progrès que la science génétique a pu accomplir en ce domaine, mais encore une mutation doctrinale, qui aboutit par exemple à

⁵⁶⁶ Elisabeth COPET-ROUGIER, « Alliance, filiation et germanité : Entre vérités biologiques et métaphoriques », in *Sociétés contemporaines*, n°38, 2000, p. 21 à 32.

⁵⁶⁷ Cf. le vocabulaire développé par Madame COPET-ROUGIER, *ibidem*.

⁵⁶⁸ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, article précité

⁵⁶⁹ C'est ce que remarquait Claire NEIRINCK (dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, vol.29, L.G.D.J, 2000, 396 p. Dans sa conclusion de l'ouvrage, elle expose la confusion qui s'opère entre filiation et autorité parentale à propos de l'adoption, mais justement sur la question —avant-gardiste en 2000— de la place que l'on devrait donner à celui qui joue par exemple le rôle du père : « (...) ce n'est pas parce qu'ils jouent le rôle de père, parce qu'ils compensent auprès de l'enfant les défaillances de ce dernier, que le beau-père ou le compagnon homosexuel doivent être mis en place de père. L'enfant sait que celui-là n'est pas, indépendamment de l'affection réelle qu'il lui porte, son père ; (...). Il faut donc dissocier la revendication légitime d'un statut de ceux qui élèvent ou ont un projet parental, de sa satisfaction sur le terrain de la filiation », p. 361.

faire valoir les liens du sang contre des liens affectifs pour obliger un père à assumer la responsabilité de son enfant biologique par la reconnaissance, mais à les dénigrer lorsqu'il s'agit du rôle que pourraient tenir des grands parents lors d'un accouchement dans l'anonymat ou même lorsqu'il s'agit de considérer la possibilité de la gestation pour autrui.

400. Ainsi faut-il envisager la relation logique qu'entretiennent la responsabilité parentale et l'élément affectif d'une toute autre manière que dans le couple. **Cette fois-ci le droit pose clairement un devoir-être affectif, sachant que ce devoir-être est éminemment factuel par son ancrage puissant dans une vérité humaine quotidienne.** Que les sentiments soient ou non conflictuels entre ascendants et descendants, il est acquis que l'indifférence n'existe pas en ce domaine, l'autre prenant le visage d'une personne qui me ressemble, d'un lieu que je connais. Fondamentalement d'ailleurs, ce visage m'est dès l'origine connu. Il ne s'agit donc pas d'apprivoiser les différences qui font de l'altérité de l'autre une richesse, mais plus immédiatement de vivre avec cette personne *existentiellement autre*, sans même se poser la question de cette dissemblance ; l'appartenance à une famille mettant hors de cause ce type d'interrogation à son égard.

401. La transmission entre générations porte pourtant le regard sur ces différences et sur ces ressemblances, qui sont comme le signe de l'appartenance au groupe familial, tout en signifiant la radicalité de la personne irréductible à ses déterminations. C'est par cette voie que s'imisce une référence à la volonté, qui a le tort de s'assimiler à l'affect.

B. La revalorisation parallèle de la volonté

402. **Puisqu'il s'agit alors de donner la vie et non plus de la partager,** quoiqu'il y ait dans tous les cas invention d'une vie nouvelle, **le débat ne porte pas tant sur la place qu'il convient de laisser à la charité, ou à l'amour,** qui ne souffre d'aucune restriction au plan moral⁵⁷⁰ lorsqu'il s'attache aux enfants, **que sur la référence à un élément volontaire dans ce don et dans la prise de responsabilité qui s'en suit.** *Un aporisme surgit qui*

⁵⁷⁰ Au plan purement juridique, ZALEWSKI a pu remarquer que la gratuité n'intervenait que lorsque le seuil du devoir familial été outrepassé, ce qui de fait peut advenir même au sein des relations entre parents et enfants, tant au regard de devoir alimentaire qu'au regard du devoir d'entraide. Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoir et gratuité*, L'Harmattan, 2004, Condé-sur-Noireau, 452 p.

questionne la possible cohabitation de l'immédiateté du lien qui unit les parents et les enfants et de l'idée d'un choix qui serait arbitrairement capable de tisser ou de dissoudre ces mêmes liens.

403. D'un côté d'abord, les affinités électives de Goethe s'y sont glissées, et pas seulement dans le cadre de l'adoption, puisque les avancées de la science les introduisent dès l'instant de la conception. Au plus faible degré, la contraception déjà met le couple face au choix du moment, tandis que les mécanismes de la procréation médicalement assistée lui permettent de choisir non seulement le moment mais encore certaines caractéristiques du futur enfant, notamment sa bonne santé⁵⁷¹.

D'un autre côté, la volonté a une incidence directe sur les situations dans lesquelles le lien biologique est absent alors qu'un lien de fait, affectif, ou même juridique dans le cas d'une reconnaissance de complaisance, existe entre un adulte et un enfant. Les projets de réforme qui envisagent alors de donner une place au « tiers » auprès de l'enfant en sont la forme moderne.

404. La complexité de cette première discussion ne suffit pas à faire pâlir celle qui s'attache au second topique dans lequel il faut se plonger. **L'automatisme de la responsabilité des parents, en tant que cette dernière constitue l'essence de la parenté**⁵⁷², au nom ou vis-à-vis de leurs enfants, **pose des questions** peut-être moins visibles que celles qui viennent d'être présentées rapidement, mais non moins fondamentales, **notamment lorsque l'on songe qu'un manquement à un devoir parental peut conduire à la destruction du lien familial.**

⁵⁷¹ Voire sa santé et son aptitude à permettre ainsi la guérison d'un autre membre de la famille, généralement son grand-frère ou sa grande-sœur, avec les lourds questionnements que cette pratique encore nouvelle implique. Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La personne n'est pas un projet. Réponse éthique et juridique au Pr. Axel Kahn à propos de la naissance d'un bébé médicament », 2001. L'auteur y démontre que les dangers sont déjà éminents, et même pour partie au moins advenus, dès lors que la personne n'est pas respectée en ce bébé privé de sa liberté et nié dans son consentement, ce qui ajoute une impossibilité juridique et morale aux souffrances psychologiques qui tourmenteront l'enfant qui aura échoué à sauver son frère ou sa sœur, ou qui y aura parvenu mais qui supportera peut-être mal d'avoir été conçu *pour* remplir une telle mission.

⁵⁷² C'est à escient que le vocable de « parenté » est ici employé, et non celui de « parentalité », terme plus neuf propre habituellement à désigner plutôt les vocations éducatives des parents par opposition à une parenté fondée sur un statut et non pas sur une fonction. En effet, il semblerait qu'il soit possible ici de rendre à la parenté l'ampleur de son sens premier, dans la mesure où lorsqu'il s'agit d'appeler un parent à répondre des actes de son enfant ou à en répondre vis-à-vis de lui, le droit ne s'attache plus à cette distinction pourtant si influente quand il faut instaurer un lien de droit nouveau. En outre, cette responsabilité ne devrait pas être assimilée à l'autorité parentale dont le sens semble de plus en plus incertain aujourd'hui, comme cela a été fait notamment par la Convention Internationale des droits de l'enfant de 1989, dans son article 18-1.

Si aucune relation d'automaticité n'existe entre une faute dans le couple et l'annihilation de ce dernier, au motif que sa stabilité doit primer sur le besoin de réparation⁵⁷³, il faut pourtant noter qu'une certaine systématique s'impose lorsque les agissements des père et mère compromettent la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Cette automaticité toutefois ne conduit que par exception à la destruction du lien filial, qu'elle ne fait qu'aménager la plupart du temps, en vue de permettre à la famille de se reconstruire lorsque la mesure d'assistance aura pris fin. La potentialité d'un pardon entre l'enfant et ses parents doit ainsi toujours pouvoir être sauvegardée, puisque celui-ci ne pourra de toute manière qu'accepter son ascendance pour se construire, quand bien même elle serait objectivement nuisible, et quitte à s'en tenir éloigné.

Il est d'ailleurs devenu banal de dire que les conséquences de certaines défaillances parentales ne sont plus des sanctions qui viseraient à culpabiliser des père et mère déjà en souffrance, mais des procédures qui ont pour objectif de rétablir, à long terme, les liens filiaux dans l'ordre qui aurait dû rester le leur. Ainsi, la responsabilité n'est plus véritablement elle-même dans ce cas de figure, dès l'instant que l'on n'admet plus qu'une faute soit à son origine, et plus encore au moment où la réparation du dommage causé ne peut que prendre la forme d'un rétablissement des parents dans leur parentalité.

405. Il en va de même, quoique les enjeux en soient alors plus matériels, lorsque les parents sont responsables des fautes commises par leurs enfants, dès l'instant où l'aspect « automatique » de la responsabilité alors mise en œuvre présente une difficulté majeure. La responsabilité des parents du fait de leurs enfants est devenue une responsabilité de plein droit, une forme de garantie, qu'il conviendrait de questionner tant pour les nouveaux fondements juridiques⁵⁷⁴ que pour les principes moraux qu'elle implique.

⁵⁷³ Françoise GONTHIER, Marie LAMARCHE, « Faute en famille », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 177 à 190. La première partie de cet article montre précisément que le droit impose une solution de destruction ou de relâchement du lien familial lorsqu'un parent manque à l'un de ses devoirs vis-à-vis de son enfant, tout en précisant qu'en matière de couple, le droit n'impose rien et ne fait que proposer des solutions.

⁵⁷⁴ Voir notamment à ce propos : Patrice JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui, à la recherche de ses fondements », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 67 à 81, où l'auteur prend acte de l'objectivation de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants ainsi que de son caractère direct. Ce double mouvement trouverait sa source dans la notion de risque, depuis longtemps admise pour la responsabilité du fait des choses, mais dont l'émergence ne serait prégnante pour la responsabilité du fait d'autrui que depuis les jurisprudences Bertrand et Levert. Toutefois, il est possible de confronter cette remarque à celle formulée par Jean-Christophe SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », *ibidem*, p. 249 à 256, selon laquelle l'idée de risque ne suffirait pas à expliquer que la responsabilité des parents du fait de leurs enfants soit désormais réduite à une simple causalité, dès lors que même la responsabilité objective du fait des choses implique une certaine « anormalité » dans le dommage entraîné par la chose. Ainsi donc, selon l'auteur de ces pages, il faudrait

Il est entendu que dans l'établissement juridique du lien parental celui-ci aura toujours préexisté, même avant qu'il soit reconnu⁵⁷⁵. D'emblée alors, les possibilités du volontarisme sont considérablement restreintes par une vérité, qui est celle de l'existence, *en fait, mais aussi de toute manière en droit*, de l'enfant, et qui appert comme une vérité fondamentale lorsque l'on se penche sur la responsabilité civile des parents à l'égard de leurs enfants.

406. Les relations entre l'affect et le biologique dans l'invention d'une responsabilité unissant un parent à son enfant **pourraient sembler n'être que des rapports de connivence ou d'opposition stricte**. Or, d'un côté, les considérations apparemment grandissantes du droit à l'égard de l'élément affectif, qui est alors perçu comme une exaspération romantique de la volonté individuelle, permet paradoxalement l'exacerbation de visions « biologisantes » (notamment par le biais d'un projet parental soutenu par la science). Toutefois, l'intervention de la responsabilité dans des situations où un parent aurait dû s'engager plus tôt vis-à-vis de l'enfant en le reconnaissant, ou bien dans le cas d'une contestation de reconnaissance mensongère par celui qui en est l'auteur montre bien que l'affect ne peut être réduit à l'expression d'une volonté.

D'un autre côté, il faudrait bien observer une certaine déconstruction du critère biologique comme marqueur de la famille, qui s'émanciperait de « l'organisation généalogique de la parenté »⁵⁷⁶. Peut-être est-il néanmoins trop tôt pour en déduire la fin de la

distinguer les responsabilités relevant de l'application d'une justice commutative, dans laquelle pourrait parfaitement s'inscrire la théorie des risques, des responsabilités posées par la loi du 5 juillet 1985 et par le fait d'autrui, qui relèveraient davantage d'une justice distributive. Il semblerait donc bien que l'automatisme ne soit point en la matière une évidence, et qu'elle continue à renverser les principes même de la responsabilité. Peut-être pourrait-on tenter alors d'appliquer à la responsabilité des parents du fait de leurs enfants la distinction plus générale déjà proposée à propos des relations du couple, en distinguant une responsabilité pour l'avenir, objective, et une responsabilité pour le passé, subjective, qui implique logiquement l'idée d'une faute ou au moins, mais cela n'est guère plus simple, une « anormalité » pour reprendre les termes de Monsieur Saint-Pau. Sur le même thème de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, renvoyons également à : Philippe BRUN, « Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?) », *ibidem*, p. 105 à 118 ; Jocelyne CASTAGNEDE, « Les petits responsables ; Réflexions sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile du mineur », *ibidem*, p. 119 à 139 ; et enfin Michèle MESTROT, « La famille en chantier », *ibidem*, p. 191 à 208. Dans ce dernier article l'auteur critique d'ailleurs cette automatisme de la responsabilité des parents : « [La] volonté de responsabiliser les parents est telle qu'elle laisse le sentiment étrange d'avoir abouti à leur parfaite infantilisation », p. 202-203.

⁵⁷⁵ Ce constat pourrait être un soubassement de l'un des points forts de la distinction profonde qui existe au niveau du sens de la responsabilité lorsqu'elle s'applique aux relations dans le couple par rapport à celle qui nourrit les rapports entre ascendants et descendants, dans la mesure où la reconnaissance de la première en droit est aussi le moment de son accès à une forme de vérité publique tandis que la seconde est un fait, dans le sens le plus entier que peut acquérir ce terme, qui aura de toute façon des conséquences sur la vie de chacun des protagonistes de cette situation. Quand bien même l'enfant né ne serait pas reconnu comme étant le fils ou la fille de X, il est une personne qui deviendra un sujet de droit et qui trouvera nécessairement un parent. De son côté, le couple non reconnu par le droit ne pourra obtenir sa protection que par exception, et *a fortiori* celui qui n'est pas admis par l'un des ses membres n'existe pas.

⁵⁷⁶ Ce double mouvement est celui qu'identifie Françoise Romaine OUELLETTE, « L'adoption face aux redéfinitions de la famille et de l'institution généalogique », in Agnès FINE, Claire NEIRINCK (dir.),

parenté et l'avènement d'une parentalité omnipotente. C'est du moins ce qu'enseigne l'étude des voies qu'emprunte la responsabilité en ce domaine.

407. Cette ambivalence du droit par rapport à l'établissement d'une telle filiation est ce qui explique les difficultés qui sont soulevées par la responsabilité de celui qui a consenti à une procréation médicalement assistée et qui refuse ensuite d'en répondre.

II. LE PROBLEME DE LA RESPONSABILITE DE CELUI QUI N'ETABLIT PAS LA FILIATION DE SON ENFANT ISSU D'UNE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

408. La procréation médicalement assistée révèle en fait un point de contact plus sensible que dans les autres cas de responsabilité filiale **entre la responsabilité qui est un engagement** pour l'avenir **et la responsabilité qui est une réponse** à donner en vertu de cet engagement. En effet, le consentement à la procréation médicalement assistée engage les parents envers un enfant à naître (A), et devrait en toute logique supposer un automatisme de la reconnaissance. Si tel n'est pas le cas, c'est parce que la responsabilité devient au moment de la naissance déjà une réponse pour le passé (B).

A. Valeur du consentement : la question de l'engagement envers l'enfant à naître

409. **Lorsqu'un homme consent à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur, il sait bien que l'enfant qui naîtra ne sera pas biologiquement le sien et**

Parents de sang, parents adoptifs, Droit et société, Maison des sciences de l'homme, vol.29, L.G.D.J, 2000, p. 325 à 343. « Ces conceptions actuelles, selon mon interprétation, indiquent beaucoup plus qu'un désinvestissement relatif de la consanguinité et un investissement prédominant de l'individu et de l'affectivité. En effet, cet investissement de la logique familiale actuelle induit une disqualification de l'organisation généalogique qui sert culturellement d'encrage pour symboliser la différence des sexes, des âges et des générations. Il se réalise sur la base d'une dissociation, d'une désimbrication conceptuelle, entre la famille et l'organisation généalogique de la parenté », p. 340.

s'engage pourtant auprès de lui, au point que le code civil lui interdit désormais⁵⁷⁷ de contester sa filiation, à moins qu'il ne soutienne que l'enfant n'est pas issu de cette insémination artificielle ou bien que son consentement est « privé d'effets ». Certains auteurs n'ont pas manqué alors de montrer les possibles dérives d'une telle interdiction, qui faisait certes de l'enfant conçu par le moyen d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur un enfant protégé par une « superfiliation », mais qui dans le même temps pouvait conduire à faire de cette « superfiliation » juridique une filiation vidée de toute substance dans les faits⁵⁷⁸.

En effet, si l'objectif de ne pas permettre que ces enfants voient leurs liens paternels contestés selon les règles du droit commun est non seulement louable, mais encore légitime, il implique que des pères légaux soient enfermés dans ce rôle contre leur gré. Ces pères seraient alors des hommes dont la paternité biologique est par définition « fausse », et dont de surcroît, les sentiments ne seraient pas de la même nature que ceux qui lient un parent à son enfant, puisqu'au contraire et par hypothèse, celui qui aura été empêché de contester sa paternité par les limites posées dans l'article 311-20 alinéa 2, rejeterait l'enfant qu'il n'estime pas être le « sien ».

⁵⁷⁷ Depuis le loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'article 311-20 alinéa 2 du Code civil dispose que « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou de réclamation d'état, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ». Une action d'établissement ou de contestation de filiation est également interdite, selon le principe posé par ce texte, pour un autre homme qui se prétendrait le père biologique. Ici la vérité biologique est donc sciemment oblitérée au profit d'une vérité juridique mais aussi vécue et l'on pourrait d'ailleurs accessoirement se poser la question de la coïncidence de ce point avec la jurisprudence européenne que l'on a étudiée rapidement plus haut et avec le droit à l'accès aux origines dont on tend à faire jouir chaque enfant, devenu adulte... Ce texte doit être confronté à la solution qu'avait momentanément dégagée la Cour de cassation dans son arrêt Civ 1^{ère}, 10 juillet 1990, Bull. civ. I, n°196, p.139 ; Rép. Defrénois, article 34826, p.958, note Jean MASSIP ; D. 1990, p.517, note Danièle HUET-WEILLER ; RTD civ. 1991, p.311, obs. Jean HAUSER. Dans cet arrêt en effet, les juges du droit avaient admis l'action en contestation de reconnaissance exercée par le concubin, au motif que le consentement à la procréation médicalement assistée n'interdisait pas l'action en contestation, mais exposait son auteur à voir engagée sa responsabilité civile dès lors qu'il était aussi celui qui avait d'abord reconnu l'enfant. On doit alors remarquer que l'on est passé en 1994 d'une responsabilité greffée sur la contestation de reconnaissance d'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, à une responsabilité fondée sur le comportement de celui qui ne ferait pas suivre son consentement à la procréation médicalement assistée d'une reconnaissance de l'enfant. La contestation de la filiation issue d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur n'est plus possible par principe, ce qui conduit à décaler dans le temps le moment litigieux. C'est l'absence de reconnaissance qui est condamnable.

⁵⁷⁸ Renvoyons par exemple à Frédérique DREIFUS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », in *RTD civ.* 1996, p.25, ou à François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd. 1996, n°986. Plus précisément sur l'idée que l'on contraint ainsi le père à une « fausse paternité forcée », voir Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Procréations médicalement assistées, assistance médicale à la procréation, trop de législation ? », in *JCP*, 1994, I, 3771. Cette « fausse paternité forcée », serait contraire « à toute vérité, biologique ou sociologique », selon Gaël HENAFF, « Procréation assistée et levée de l'interdiction d'agir en contestation (du trio au quatuor : le mari, la femme, le tiers donneur et ...l'amant) », à propos de TGI Paris, 2 septembre 1997, in *LPA*, 16 novembre 1998, n°137, p.12.

410. Dans la mesure où ce père s'était néanmoins engagé au moment où il a consenti à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, il n'est peut-être pas aussi simple de balayer d'un revers de manche l'opportunité du principe de l'impossibilité de contester cette filiation. En ce qui concerne en effet la contestation qui est le fait de celui là même qui avait d'abord accepté de concevoir un enfant par ce biais, la règle posée par l'article 311-20 du Code civil dans son alinéa 2, pourrait bien n'être que la conséquence logique de la force de l'engagement pris, et de l'interdiction corrélatrice de remettre en cause l'état d'un enfant au fil de ses volontés successives.

Or, c'est au moment où l'on regarde cet article au travers de la jurisprudence de 1990⁵⁷⁹ que les interrogations d'opportunité retrouvent leur piquant. Les juges de la Cour de cassation avaient alors bien admis que la contestation de paternité par l'auteur du consentement à la procréation médicalement assistée était possible, quoiqu'elle engendre sa responsabilité civile délictuelle, selon un schéma d'interprétation identique à celui qui a guidé les analyses jurisprudentielles en matière de reconnaissances mensongères⁵⁸⁰.

Si le législateur a fait le choix de ne plus, en principe, permettre la contestation, mais d'organiser en revanche une responsabilité automatique dans l'hypothèse où l'homme qui ne peut contester son lien se refuserait à le faire établir légalement, c'est peut-être notamment parce qu'il lui a paru important de garantir d'abord la paternité de l'enfant contre les remises en cause potentielles, de quelques personnes qu'elles puissent émaner, avant de fixer une limite propre à celui qui devrait être le père légal. La démarche pourrait bien étonner néanmoins, et ce pour deux raisons distinctes.

411. Il est possible de limiter la portée novatrice de l'article 311-20, parce que la responsabilité qui pouvait découler, avant la loi de 1994, de la contestation elle-même permettait sans doute déjà de réserver cette constatation à celui qui avait de bonnes raisons⁵⁸¹ de le faire. En vérité la solution peut n'avoir que modérément évolué si l'on considère que la

⁵⁷⁹ Civ 1^{ère}, 10 juillet 1990, préc.

⁵⁸⁰ Cf. *infra*, sur la contestation de reconnaissance mensongère par celui qui en est l'auteur.

⁵⁸¹ Bien qu'il faille encore s'entendre sur le contenu de ces bonnes raisons. Mais remarquons que si le problème existait dans la jurisprudence avant 1994, il existe finalement peut-être encore après cette date puisque les exceptions à l'impossibilité de remettre en cause la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, qui circonscrivent apparemment le contenu de ces bonnes raisons, ne vont pas non plus sans susciter quelques difficultés qui se sont reportées sur leur preuve. La loi dispose cependant clairement que le consentement n'est privé d'effet qu' « en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée », « lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance ».

responsabilité peut toujours être engagée si celui qui a consenti à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur revient sur son engagement, en ne reconnaissant pas l'enfant ainsi conçu. Il y a bien une nuance entre la possibilité de principe de contester cette filiation, en revenant ainsi véritablement sur la parole qui avait été donnée lors du consentement à la procréation assistée, et l'impossibilité de principe de contester. Dans la situation antérieure à la loi de 1994, la responsabilité était assimilée à celle dans laquelle une reconnaissance mensongère avait été faite, et elle relevait bien de la sanction attachée au fait de reprendre la parole que l'on avait donnée. Depuis 1994, la responsabilité s'est déplacée, et s'attache au fait de ne pas aller au bout de son engagement. Cette fois-ci la procréation médicalement assistée est bien comprise comme une situation spécifique, dans laquelle il ne s'agit pas, pratiquement, d'adopter un enfant avec lequel on n'est pas lié par le sang, mais bien de le concevoir, grâce ou à cause, de la volonté qui a d'abord été donnée par chacun des membres du couple.

Un changement de perspective semble ainsi bien avoir eu lieu. Il est significatif que la responsabilité ne soit plus dépendante d'un engagement conçu comme un don, mais bien relative à une volonté clairement identifiable par son contenu et par le moment dans lequel elle s'est exprimée. Ce point est celui qui conduit en fait à la modération des apports de la loi de 1994 en la matière. En effet, si l'on ne peut nier que la responsabilité a changé de sens, il est tout aussi difficile de ne pas voir que les deux limites apportées au principe de l'impossibilité de remettre en cause la filiation ainsi créée, en reposant logiquement sur cette volonté exprimée, ouvrent une voie, potentiellement large, aux contestations de la filiation qui émaneraient de celui là même qui devait être le père de l'enfant ainsi né⁵⁸².

412. Il est encore possible de questionner l'opportunité du texte de l'article 311-20 du Code civil parce qu'il eût pu paraître plus simple, et surtout plus efficace en termes de sécurité et de stabilité de la filiation de l'enfant, de lier automatiquement la reconnaissance au consentement à la procréation médicalement assistée.

⁵⁸² Il a été possible de qualifier en doctrine la filiation qui serait établie après le recours à une procréation médicalement assistée de « superfiliation », au sens où les textes semblaient empêcher toute formes de contestation ultérieure, sauf à démontrer que l'enfant ne serait pas né de la procréation médicalement assistée mais d'une infidélité de la mère. Néanmoins, ces hypothèses sont en pratiques assez marginales tout de même, et elles ne semblent pas exclure en leur principe l'admission de vices du consentement.

B. Critique de l'absence de reconnaissance automatique

413. Un certain rapprochement avec l'adoption peut se défendre dans la mesure où il s'agit dans un cas comme dans l'autre de créer un lien de filiation légale, indestructible en principe, quoique non conforme à une réalité génétique, et instigué par un acte de volonté unilatéral. Bien que cela puisse paraître contestable au vue de la comparaison que l'on pourrait établir entre l'adoption et ce mode de création d'un lien de filiation, **le consentement donné à une procréation médicalement assisté avec tiers donneur ne vaut pas en France, comme dans d'autres pays⁵⁸³, reconnaissance.**

Dans la mesure où les parents de l'enfant sont mariés, la présomption « pater is est ... » fondera la filiation, mais s'ils ne l'étaient pas, comme cela est possible puisqu'une telle procédure est ouverte à d'autres couples, le père devra se présenter comme tel en accomplissant une reconnaissance d'enfant. Le bien-fondé d'une telle procédure est sans doute discutable, et d'ailleurs discuté⁵⁸⁴. À nouveau, l'engagement d'une responsabilité systématique de celui qui a d'abord consenti à un tel moyen de conception, sans ensuite assumer ce consentement en établissant légalement son lien de filiation avec l'enfant semble être la solution du moindre mal que donne notre système juridique à cette possibilité de ne pas reconnaître l'enfant. Ce qu'il y a d'original, c'est que cette réponse n'est plus celle que donne la jurisprudence en contre partie d'une interprétation extensive de la loi, mais bien celle qu'a déterminée le législateur lui-même, d'une manière qui ne peut prêter à aucune équivoque.

D'où l'interrogation suivante : en quoi une responsabilité automatique serait-elle plus souhaitable ou plus efficace qu'une automaticité intervenant en amont, au niveau de la reconnaissance ? Ou du moins, puisque l'idée selon laquelle elle ne peut, de fait, être ni plus raisonnable, ni plus efficace, se fait pressentir, pourquoi ce mécanisme est-il celui qui a trouvé grâce ? Dans quelle idéologie peut-on le justifier ? Cette question est d'autant plus importante que l'article 311-20 pose non seulement le principe de la responsabilité mais encore celui de la déclaration judiciaire de la paternité.

414. Une autre interrogation porte sur le point de savoir si les cas exceptionnels réservés à l'action en contestation de celui qui a consenti à une procréation

⁵⁸³ Article 311-20 al. 4 du Code civil, Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2011, n°1023 et s. et 1049 et s.

⁵⁸⁴ Cf. ; Vivien ZALEWSKI V., *Famille, devoirs, et gratuité*, Condé-sur-Noireau, L'Harmattan, 2004, 452 p

médicalement assistée avec tiers donneur sont légitimes. En effet, dans la logique subjectiviste qui sert de cadre à la réglementation de cette procédure, l'enfant devient le fruit d'un « projet parental », pour reprendre une notion qui n'est plus nouvelle en droit européen comme en droit interne, lequel s'affiche comme la manifestation d'une volonté d'avoir un enfant. De ce point de vue, quand bien même l'enfant ne serait pas issu de l'insémination artificielle mais d'une relation de la mère avec un autre homme, le but de ce projet parental est atteint ! La démonstration d'un vice du consentement demeurerait à nos yeux une raison valable et suffisante d'admission de l'action en contestation de la filiation de celui qui n'a pas voulu concevoir *ainsi* un enfant.

Dès l'instant que le consentement porte autant sur la fin que sur les moyens, alors la mère adultère ferait par son comportement échec au consentement qu'avait donné le père⁵⁸⁵.

415. Il apparaît ainsi que lorsque l'affect est conçu abstraitement, il ne peut plus expliquer ni fonder la responsabilité qui est engagée dans un lien filial non conforme à la biologie et assimilé alors à une volonté d'ordre presque contractuelle et individuelle. Il en va en réalité de même lorsque la responsabilité qui est recherchée est celle d'un parent auteur d'une reconnaissance qu'il sait mensongère et qu'il conteste pourtant.

Paragraphe 2. Responsabilité du parent légal et contestation de reconnaissance mensongère

416. La responsabilité qui est engagée lorsqu'un parent conteste la reconnaissance mensongère qu'il a lui-même établie a posé deux séries de difficultés. Les premières sont relatives à la recevabilité même de l'action en contestation, pour laquelle le débat conduit inévitablement à considérer que l'affect joue un rôle efficient (I). les secondes portent sur le sens qu'il faut donner à l'engagement d'une telle responsabilité (II).

⁵⁸⁵ En outre, le fait que l'article impose non de démontrer que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement est vicié, mais seulement soutenir de tels faits. Cf. TGI Paris, 2 septembre 1997, L.P.A, 16 novembre 1998, n°137, p.12, Gaël HENAFF.

I. LA RECEVABILITE DE L'ACTION EN CONTESTATION D'UNE FILIACTION PAR CELUI QUI L'A FAUSSEMENT ETABLIE

417. Dans la jurisprudence la question de la recevabilité de l'action en contestation de reconnaissance mensongère par celui qui en était l'auteur a suscité de très vifs débats. Bien qu'elle soit aujourd'hui ancienne et fixée apparemment dans le sens de la recevabilité de l'action, l'étude de ces débats demeure éclairante. En effet, la recevabilité de l'action en contestation de filiation de celui qui a établi volontairement un lien légal qu'il savait non conforme à la biologie a du être appréciée à l'aune d'abord de son opportunité, (A), et ensuite au regard de sa validité technique (B).

A. Appréciation d'opportunité de la recevabilité de l'action

418. L'admission de l'action en contestation de reconnaissance mensongère d'enfant par son auteur, n'est depuis longtemps plus discutée⁵⁸⁶, alors même qu'elle engage inmanquablement sa responsabilité. Cette automaticité de la responsabilité de celui qui a été juridiquement le père d'un enfant pourrait pourtant conduire à s'interroger sur cette possibilité. De même que l'article 311-20, alinéa 2 du code civil interdit toute action « aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation », au motif que celui qui s'apprête à devenir père consent à l'être au prix d'une aide médicale à la procréation, à moins qu'il ne prouve que l'enfant n'est pas issu de cette procédure ou bien que son consentement a été privé d'effet, il n'apparaît pas illogique, de prime abord, d'envisager la transposition de cette règle aux reconnaissances mensongères. C'est d'ailleurs ce qu'avaient suggéré certains magistrats

⁵⁸⁶ La règle selon laquelle toute personne qui y a intérêt peut contester la filiation dans un délai de 10 ans lorsque la possession d'état n'est pas conforme au titre s'applique sans restriction —apparemment, puisqu'il engage en fait sa responsabilité— au père prétendu (art. 333 C.civ). Ce dernier peut agir de la même manière si la possession d'état est conforme au titre dans un délai de 5 ans (art. 334 C.civ). Il n'était déjà plus question de remettre en cause l'admissibilité de cette action depuis l'arrêt, Civ. 1^{ère}, 30 juillet 1951, JCP 1951, II, 6526, obs. Jean SAVATIER. Cette solution a été à l'époque approuvée par l'ensemble de la doctrine : Henri., Léon. et Jean. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Tome 1, 2^{ème} édition, Montchrétien, Paris, 1959, n°940 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, Tome 1, Sirey, Paris, 1956, n°698 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 1, P.U.F, Paris, 1955, p. 513 ; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, par André ROUAST, L.G.D.J, Paris, 1952, n°845.

autour des années soixante⁵⁸⁷, et c'est ce à quoi conduisait la première réaction jurisprudentielle, tant la preuve exigée par la Cour de cassation était impossible en fait à établir⁵⁸⁸.

419. Les arguments qui étaient avancés au soutien de cette thèse n'étaient pas dénués d'intérêt. Parmi les justifications, nombreuses au demeurant, qui étaient avancées par les quelques détracteurs de la recevabilité de l'action en contestation de reconnaissance par son auteur, celles qui tenaient à une assimilation relative et circonscrite d'une telle reconnaissance mensongère à une forme d'adoption ont été sans doute les plus aventureuses. Elles mettaient en avant l'injustice dont souffrait l'enfant qui voyait sa filiation paternelle remise en cause parce qu'elle ne reposait sur aucune vérité biologique, alors que l'enfant adopté jouissait d'un grand nombre de protections légales de son lien de filiation non moins privé de génétique.

Les deux situations seraient pratiquement comparables en ce qu'elles conduisent pareillement à établir un lien de filiation dont on sait qu'il ne peut pas être biologiquement vrai, et auquel sont pourtant attachés tous les effets de la parenté légalement établie. La précarité du lien de celui qui a été reconnu mensongèrement serait donc une injustice inexplicable faite à l'enfant. Et il est vrai que cette vision avait peut-être le mérite de correspondre à l'idée la plus répandue selon laquelle celui qui reconnaît un enfant qui n'est pas le sien, loin de commettre une faute, aurait en vérité les louables intentions *de l'élever et de l'aimer comme le sien*. C'est effectivement ce qu'il advient lorsque la reconnaissance de complaisance ne fait l'objet d'aucune contestation de la part de celui qui en l'auteur.

⁵⁸⁷ J RALINCOURT, « Réflexions sur l'article 339 du code civil », JCP 1958, I, 1442. L'auteur y déploie un vif plaidoyer pour l'irrévocabilité de ce lien de filiation, et note que si l'ordre public est invoqué en faveur de la vérité biologique, il pourrait l'être aussi bien en faveur de la stabilité de l'état civil de l'enfant « victime » d'une telle reconnaissance mensongère qu'a accompli un homme responsable de ses actes. Il lui semble dès lors inapproprié de lui permettre de se soustraire à ses engagements. Voir aussi Raymond BOULBES, « La contestation de reconnaissance d'un enfant naturel par son père après légitimation », JCP 1960, I, 1547. Comme l'indique son titre, ce commentaire, ancien, s'applique plus particulièrement au cas de la légitimation, et l'auteur ne prône l'irrévocabilité de la reconnaissance mensongère que dans ce cadre.

⁵⁸⁸ Civ, 2 juillet 1912, D. 1913, I, 183. Tout en admettant qu'« aucune fin de non-recevoir ne peut être invoquée contre l'action exercée par l'auteur même de la reconnaissance », la cour a décidé que « la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être annulée comme mensongère, que s'il est démontré qu'aucune relation n'a pu s'établir entre la mère de l'enfant et le prétendu père pendant la période où la conception a été possible ». En l'espèce elle confirme la décision des juges du fond, consistant en un refus d'annuler la reconnaissance, alors que son auteur était à l'époque de la conception de l'enfant dans un établissement scolaire à Poitiers et la mère à Alger, au motif qu'un rapprochement aurait été possible durant les vacances... il va de soi que les examens génétiques permettrait aujourd'hui de rapporter une preuve certaine du caractère mensonger de la reconnaissance et que c'est sur un fondement bien différent qu'il faudrait justifier l'impossibilité de la contester.

420. Toutefois, des voix s'élevaient qui prônaient la recevabilité de l'action en contestation de reconnaissance mensongère par son auteur, au motif notamment qu'une telle reconnaissance était un détournement du droit de l'adoption et un facteur d'insécurité du droit de la famille qui devait privilégier les liens du sang. Telle était par exemple la position de Jean Savatier⁵⁸⁹. Il soulignait en outre, que la prohibition des actions en contestation de reconnaissance mensongère par les auteurs de ces reconnaissances n'allait pas dans l'intérêt d'un enfant qui devait être « élevé dans un climat d'affection »⁵⁹⁰ qui ne pouvait certainement pas être celui que construirait un père contraint de l'être.

Peut-être pourrait-on lui opposer que si celui qui a reconnu un enfant en vient à contester lui-même sa reconnaissance, il est vraisemblable que le père biologique soit complètement absent de la vie de l'enfant et qu'il ne soit donc pas plus à même de lui offrir l'affection dont on risque de le priver lorsque l'on refuse de recevoir l'action de l'auteur de la reconnaissance mensongère. De même, si l'adoption a bien pour objet de donner un parent à ceux qui n'en ont pas, il ne paraît pas si extravagant de prétendre que la reconnaissance de complaisance partage quelques caractères avec cette procédure, surtout si l'on considère le cas de l'adoption simple de l'enfant du conjoint. Une différence persiste néanmoins et il faut admettre qu'elle est de taille : celui qui conteste sa filiation ne veut plus apparemment avoir de relations avec l'enfant.

421. Mais cette volonté, que l'on assimile bien vite à une nécessaire privation d'affection, ne découle dans les faits que d'une rupture avec la mère de l'enfant, et il est peut-être possible de douter de l'opportunité pour le droit de permettre une telle disparition de la filiation dès lors qu'elle ne peut dépendre de circonstances extérieures à la personne qui est en premier lieu concernée : l'enfant. *Si l'on veut bien admettre que l'élément affectif ne peut être trouvé dans la seule volonté exprimée du père mensonger, et qu'il doit au contraire consister en une rencontre de l'intention d'au moins deux personnes avec les attractions suscitées par elles sur l'autre. En somme, une situation d'affection, qui peut s'observer objectivement et juridiquement, ne peut déperir par l'expression d'une volonté unilatérale incontrôlée.* Il se pourrait d'ailleurs que ce soit là ce qui fonde l'encadrement des ruptures des liens de filiation partout ailleurs dans notre droit positif.

⁵⁸⁹ Jean SAVATIER, obs. sous Civ 1^{ère}, 12 février 1960, *Caraty*, JCP 1960, II, 11 689.

⁵⁹⁰ Jean SAVATIER, *op. cit.*

Même le lien conjugal, qui subit pourtant les assauts les plus féroces d'un idéalisme volontariste, ne peut être ainsi dissous sans qu'un minimum de protection légale ne soit à aucun moment invoqué⁵⁹¹.

422. Il reste que **maintenir un tel lien de filiation reviendrait à permettre à un homme, qui ne souhaite plus assumer l'avenir d'un enfant, de continuer pourtant à intervenir de façon significative dans sa vie**, et à prendre pour lui des décisions dont on peut douter dans de telles conditions qu'elles soient motivées par les seules considérations du bien de l'enfant, et sur ce point au moins il s'avère plus difficile de contrecarrer les motifs du professeur poitevin. L'on se risquera néanmoins à dire que celui qui souhaite véritablement se désengager pourra toujours se voir retirer totalement ou partiellement son autorité parentale, ce à quoi il ne s'opposera sans doute pas. Il perdrait ainsi ses droits sur l'enfant, sans que celui-ci soit privé de sa filiation et des conséquences qu'elle emporte⁵⁹². Certes, cette solution, qui paraîtrait pouvoir trouver une place dans notre système juridique, conduirait sans doute les auteurs de reconnaissances de complaisance à agir avec plus de circonspection, mais il n'est pas démontré que cela serait un mal.

B. Appréciation technique de la recevabilité de l'action

423. En outre, les arguments qui viennent à l'appui de cette conception d'une reconnaissance dont la contestation serait irrecevable insistent tous sur l'engagement unilatéral qu'a librement pris l'auteur de la reconnaissance, en tant qu'adulte capable. Dans une telle perspective, il est évident que seul un vice du consentement puisse fonder la recevabilité d'une action en contestation de la reconnaissance émanant d'un acte unilatéral de volonté. Il est clair ici que le problème ne vient pas, dans la recevabilité d'une telle action, de ce que la reconnaissance est le résultat d'une volonté individuelle, mais bien de ce que cette même volonté peut aussi défaire un lien de filiation légalement établi et ce sans aucun contrôle, et sans aucune protection pour la mère et l'enfant⁵⁹³. A ce propos, l'analogie qui

⁵⁹¹ Voir *supra*

⁵⁹² Dans une telle hypothèse où le père mensonger ne pourrait plus contester sa reconnaissance sauf à prouver un vice du consentement, il pourrait ainsi être privé de l'autorité parentale tout en continuant de lui devoir des aliments.

⁵⁹³ C'est ce que remarquer très justement J. RALINCOURT : « Et nous allons tenter de démontrer que *c'est bien le seul cas*, dans notre droit positif où l'individu peut créer puis défaire un lien de filiation sanctionné

peut être établie entre cette manifestation positive de la volonté d'établir un lien de filiation qui ne reposerait pas sur la généalogie et le consentement donné par un homme à une procréation médicalement assistée avec donneur, analogie que n'a pas manquée de faire la jurisprudence avant 1994⁵⁹⁴, irait dans le sens d'un refus de toute action en contestation de paternité dans ces cas.

424. Sans doute **cette comparaison trouve-t-elle ses limites** dans le fait, certes non négligeable, que l'enfant issu d'une insémination artificielle avec donneur ne peut être conçu qu'avec ce consentement du futur père, qui porte alors la responsabilité directe de sa venue au monde, tandis que la reconnaissance d'un enfant qui n'est pas biologiquement le sien n'intervient qu'a posteriori, sans même parfois que la conception de cet enfant ne puisse lui être imputable. Toutefois, elle peut aussi bien être confortée par l'idée que, dans un cas comme dans l'autre, le père présomptif choisit, au sens où il était libre de ne pas s'investir dans une telle situation de paternité, d'assumer l'enfant. *A fortiori* même dans le cas d'une reconnaissance d'enfant de complaisance, il y a peut-être plus qu'un consentement ; il y a une action positive, une démarche spécifique accomplie par celui qui se déclare le père de l'enfant né ou à naître.

425. Quoique cette analogie ne soit apparemment d'aucun poids dans notre droit positif qui accepte depuis longtemps de recevoir l'action en contestation de l'auteur d'une reconnaissance sciemment mensongère, **c'est sur cette base du manquement à un engagement de se conduire comme un père que la jurisprudence sanctionnait et sanctionne toujours systématiquement une telle attitude.** Or, dès lors que la responsabilité de celui qui conteste sa paternité alors qu'il a reconnu un enfant qu'il savait ne pas être le sien est pratiquement retenue de façon systématique, il ne paraît pas inopportun de considérer qu'il

par la loi, sans contrôle, sans garanties, au risque de compromettre dangereusement tout à la fois l'équilibre moral de la famille, la stabilité de l'état civil, et la dignité même de la personne humaine, fût-ce un enfant en bas âge... » (*Sic.*), J. RALINCOURT, *op. cit.*

⁵⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1990, D. 1990, p. 517, note Danièle HUET-WEILLER. A l'époque, l'action en contestation de paternité du concubin qui avait consenti à l'insémination artificielle avec donneur de sa compagne était recevable, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. L'article 311-20, al. 2, du Code Civil dispose en effet depuis l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 que : « Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet. ». il dispose encore dans ses al. 4 et 5 que : « Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331. ».

serait peut-être légitime de refuser d'accueillir de telles actions, et de considérer, comme l'avait fait en son temps le Professeur Carbonnier⁵⁹⁵, que la réparation la plus appropriée serait peut-être une obligation d'exécution, qui se traduirait ici par une obligation de ne pas exercer l'action en contestation de paternité. Ce type de réparation néanmoins, ne serait envisageable que si l'on admettait que c'est une responsabilité contractuelle que l'on engage. C'est en ce sens que les solutions actuelles se prononcent, bien que cela ne soit pas indiscutable.

426. Une fois en tout cas admise la recevabilité de l'action, c'est le sens de la responsabilité engagée lui-même qui peut être analysé. Dans la mesure où la relation affective, qui unissait concrètement l'enfant à celui qui a avait un temps voulu assumer auprès de lui un rôle légal, fonde les réponses qui seront dues au moment de la remise en cause de ce lien, il convient de cerner la façon dont il agit.

II. LE PROBLEME DU SENS DE LA RESPONSABILITE ENGAGEE

CONTRE L'AUTEUR D'UNE RECONNAISSANCE MENSONGERE QUI

LA CONTESTE

427. Il ne suffisait pas de dire que l'action en contestation de reconnaissance par l'auteur d'une reconnaissance de complaisance était recevable. **Il fallait encore déterminer le fondement et le sens de la responsabilité qui était ainsi rendue possible.** Si la première question paraît s'être stabilisée, la seconde demeure fragile. Si l'action en contestation est admise, il faut qu'elle acquière un caractère spécifique pour être responsable. Il en va de la logique du système, puisqu'il serait parfaitement absurde d'autoriser sinon une action qui serait toujours en principe illicite.

Or, la détermination de ce qui peut expliquer le comportement particulier qui doit être fautif n'est pas aisée, comme en atteste la jurisprudence (A). sans recourir ici à la valeur de

⁵⁹⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 2, La famille*, Thémis, P.U.F, Paris, 2002, p 414.

l'élément affectif, il paraît en fait impossible de retrouver une cohérence dans le régime d'une telle responsabilité (B).

A. Les hésitations jurisprudentielles quant au fondement d'une telle responsabilité

428. Le fondement de cette responsabilité demeure en effet un sujet de controverse. Quoiqu'il paraisse aujourd'hui fixé auprès d'une responsabilité d'ordre contractuel, la thèse délictuelle ne peut être pour autant complètement remise au vu de ses qualités théoriques et de certaines de ses implications pratiques encore très visibles dans la jurisprudence.

Lorsqu'en 1960, la première chambre civile de la Cour de cassation avait posé clairement le fondement délictuel de la responsabilité de l'homme qui conteste la reconnaissance dont il est l'auteur et alors qu'il avait accompli cet acte en connaissant son caractère mensonger, elle avait retenu que sa faute consistait en la réunion de deux faits : celui d'avoir donné à l'enfant un état précaire puisque mensonger, et celui d'avoir ensuite fait usage de la faculté d'anéantir à sa guise cet état, qu'il s'était nécessairement conservé en choisissant ce mode d'établissement de la filiation⁵⁹⁶. La faute ne résidait ainsi pas dans le mensonge lui-même, ni dans sa dénonciation, mais bien dans la précarité du statut de l'enfant qui en découle. Ce dernier pensait pouvoir compter sur la personne qu'il croyait être son père. Il s'en suivait qu'il était théoriquement impossible de tenir compte du comportement éventuellement dolosif de la mère. La seule modulation qui pouvait être appliquée à cette responsabilité intervenait par le biais de son partage, le cas échéant, avec la mère de l'enfant qui avait indirectement participé à l'établissement de cette filiation⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Civ 1^{ère}, 12 février 1960, *Caraty*, JCP 1960, II, 11 689, obs. Jean SAVATIER.

⁵⁹⁷ TGI Seine, 25 octobre 1965, JCP G 1966, IV, 72 : « Lorsque le mari obtient l'annulation de la reconnaissance mensongère qu'il avait souscrite avant le mariage en faveur d'un enfant naturel de sa femme (...) et qu'il est condamné à des dommages-intérêts envers le mineur, il peut, le cas échéant, obtenir que la mère le garantisse pour partie de cette condamnation s'il établit qu'elle a une part de responsabilité dans cette situation, notamment si elle est responsable, par son abandon, de la rupture du foyer ». Il faut remarquer que dans cette espèce, la faute de la mère ne réside pas dans sa participation à une reconnaissance mensongère, mais dans son implication dans l'événement facteur de la contestation. Ce point de vue est critiquable en ce qu'il adhère donc à l'idée que la rupture avec la mère justifie d'une certaine manière le non respect de la parole donnée par son compagnon ou conjoint de s'occuper de l'enfant comme s'il était le sien. Il est possible d'envisager une situation de co-responsabilité de la mère liée à sa connaissance de l'état précaire ainsi conféré à son enfant.

De là, il devient aisé de dire que la faute ainsi conçue contenait en germe l'idée d'une responsabilité contractuelle, puisque l'incertitude dans laquelle était placé l'enfant découlait de la rupture de l'engagement pris jadis par celui qui a voulu assumer le rôle du père.

429. C'est donc logiquement que le 21 juillet 1987 et le 6 décembre 1988, la cour suprême fait de la responsabilité de celui qui conteste la reconnaissance mensongère dont il est l'auteur une responsabilité contractuelle⁵⁹⁸. Si l'assise contractuelle de cette faute a le mérite de se conformer à l'idée que la responsabilité peut être invoquée parce que celui qui a établi une telle filiation s'est engagé envers la mère et l'enfant, et ne peut donc se libérer par sa seule volonté de la parole qu'il a donnée, elle soulève pourtant des objections. Car la *priorité* qui est alors donnée à l'engagement pris par l'auteur d'une reconnaissance serait critiquable en ce que d'abord la reconnaissance, qui ne pourrait être définie différemment selon qu'elle est mensongère ou non, serait une déclaration avant d'être un engagement pris pour l'avenir. Ensuite, l'engagement pris par l'auteur de la reconnaissance ne pourrait avoir aucune incidence sur le nom ni sur l'état civil de l'enfant puisque ces éléments sont indisponibles, mais il ne jouerait que sur les obligations alimentaires, et encore, de façon limitée, voire inutile, *dès lors qu'il pourrait suffire de constater que celui qui reconnaît un enfant est dans tous les cas tenu de subvenir à ses besoins*. Il a donc là un devoir légal⁵⁹⁹.

A la première des observations formulées, il faut répondre qu'il n'est pas certain que le caractère déclaratif d'une reconnaissance prime sur l'engagement qu'elle représente.

430. En revanche, la question de savoir ce que peut apporter la notion d'engagement pour comprendre un devoir légal paraît devoir se poser avec plus d'acuité, d'autant qu'il est devenu courant de s'interroger sur la place qu'il convient d'accorder encore à la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Civ 1^{ère}, 21 juillet 1987, D. 1988, p. 225, note MASSIP : « (...) en reconnaissant l'enfant de la femme qu'il devait épouser par la suite et qu'il savait ne pas être le sien, le mari avait contracté l'engagement de subvenir comme un père aux besoins de celle qu'il avait librement décidé de considérer comme sa fille, engagement dont l'octroi de dommages et intérêts a notamment pour objet de sanctionner l'inobservation » ; Civ. 1^{ère}, 6 décembre 1988, D. 1989, p. 317, note MASSIP

⁵⁹⁹ Philippe MELIN, « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », *in Gaz. Pal.*, du 20 et du 19 avril 2002, n°109 à 110, p. 2 à 15.

⁶⁰⁰ Mireille BACACHE-GIBEILI, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, *Traité de droit civil*, Christian Larroumet (dir.), 2^{ème} édition, Economica, Paris, 2012, n°63 et s. Geneviève VINEY, Introduction à la responsabilité, *Traité de droit civil*, Jacques Ghestin (dir.), 3^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2008,

Il semblerait d'ailleurs que l'on puisse dégager de l'interprétation qui sera ici donnée un élément commun à l'ensemble des rapports familiaux, tels qu'ils ont été jusque là entendus, c'est-à-dire comme englobant les relations du couple, dont le stéréotype est marié, et les relations des parents avec leurs enfants⁶⁰¹, et très symptomatique du sens de la responsabilité aujourd'hui.

431. La présence d'une autre manière de présenter les tensions entre l'institution et le contrat s'impose ; la valeur de l'engagement, pour lequel on hésite toujours sur le point de savoir s'il est la cause première du statut normatif qui sera appliqué à la famille que le droit protège, ou s'il est au contraire la conséquence d'une adhésion au cadre préconstitué de cette dernière, ne paraît pas pouvoir être véritablement dégagée.

Dès lors en effet que les termes de l'équation qui se présente à l'analyse sont bien des termes antinomiques, et dont la conciliation ne se ferait qu'au prix de la suppression formelle de l'un d'eux, le sens de cet engagement est problématique. Tout se passe comme si l'on ne pouvait trouver une façon de penser à la fois l'intention qu'une subjectivité peut porter vers une place établie du droit, telle que la famille, et qui se manifesterait par l'engagement, et à la fois l'attraction du modèle promu par un certain système juridique, qui transporterait toutes les subjectivités dans une seule objectivité institutionnalisée.

432. Or, un principe de réalité impose de saisir ces deux mouvements à la fois, et cela peut être rendu possible par la considération d'une *situation proprement affective*, dans laquelle, sans qu'aucun des éléments qui viennent d'être identifiés ne se trouve annihilé par l'autre, il serait possible de considérer objectivement et normativement une subjectivité radicale que toutes les personnes auraient en partage et qui, par sa nature même, impose, ontologiquement, que l'intention et l'attraction existent également. Plus concrètement donc, la notion d'engagement, qui engendre en droit celle de responsabilité, en dehors et au dessus de toute distinction catégorielle relative au contrat ou au délit, en tant que l'on peut être directement engagé par la simple vérité d'une situation donnée, aussi bien que par l'expression d'un choix, ouvre cette possibilité de dépasser cette opposition du subjectif et de l'objectif, du contrat et de l'institution.

n°161 et s. ; Véronique WESTER-OUISSÉ, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *in RTD civ.*, 2010, p. 419.

⁶⁰¹ Cf. *Supra*, p. 162 et s.

Le fait que cet engagement se manifeste dans le cadre privilégié des relations affectives familiales est ce qui actualise cette possibilité, dès l'instant que c'est l'affection, définie non seulement comme une extériorité subie mais aussi comme une réponse qui va de l'intérieur vers l'extérieur, de la personne vers le monde et vers l'autre qui est donc à la fois sujet et objet de mon affection, et qui n'est pas entièrement conditionnée et déterminée, mais qui au contraire fait une place à la liberté d'agir⁶⁰².

433. Cette hypothèse de l'objectivité de la situation affective familiale⁶⁰³ s'applique au cas particulier de la responsabilité de celui qui reconnaît un enfant qui n'est pas le sien avant de remettre en cause le lien de filiation. Or, cela conduit à regarder cette responsabilité, dès lors qu'elle se trouve systématiquement engagée, comme un moyen du droit de ne pas accepter que de telles arguties soient possibles lorsque la vie familiale est en jeu.

L'examen des conditions que la jurisprudence a requises pour retenir cette responsabilité, désormais donc qualifiée de contractuelle, valide cette conception non seulement eu égard au sens qu'elle donne ici à l'engagement, principalement en ce qu'il révèle qu'il importe que l'auteur de la reconnaissance sache qu'elle ne correspond pas à la réalité biologique, qu'il se soit engagé librement, et que la contestation émane bien de lui⁶⁰⁴, mais il la valide encore dans ses prétentions à reposer sur un critère objectif. Afin que l'interprétation selon laquelle c'est la considération que l'on attache à une valeur objectivement affective qui fonde la condamnation, par l'engagement de la responsabilité civile, fût-elle contractuelle, de l'attitude de celui qui conteste la reconnaissance mensongère

⁶⁰² Il ne s'agit pas ainsi seulement de *réagir* à une stimulation venue du dehors, comme un réflexe, mais bien *d'agir*, certes consécutivement à cette stimulation mais pourtant librement par rapport à elle puisque l'affection n'est pas en fait seulement une passion, mais bien une *passion* à laquelle il faut combiner une *action*. Une telle action implique une conscience, et une adhésion consciente à la tendance qui aura été suscitée par ce que l'on aura reçu de l'extérieur. C'est bien ainsi d'ailleurs que le droit postule la liberté humaine sans laquelle il ne pourrait il y avoir aucune responsabilité. Il peut être à ce propos utile de préciser dès à présent que les développements de mécanismes de responsabilité qualifiés d'objectifs en ce qu'ils reposent sur des automatismes, et en ce qu'ils ne peuvent donc dépendre d'éléments relatifs à la personne ou aux circonstances particulières dans lesquelles celle-ci a été placée, sauf à regarder la force majeure et ses avatars (tels que l'impossibilité morale ou matérielle d'agir), ne sont pas moins liés à la considération primordiale d'une liberté humaine. C'est au niveau de l'imputation que la différence se joue.

⁶⁰³ En tant que subjectivité radicale.

⁶⁰⁴ Ce dernier critère ressort d'une décision Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, JCP G 1998, 10 157, note Daniel GUTMANN. Il a été interprété comme étant un renforcement de la conception contractuelle de cette responsabilité, mais on pourrait remarquer que lorsque la responsabilité était considérée comme délictuelle, aucune affaire, à notre connaissance, n'a permis de répondre à la question de savoir si la contestation devait être imputable à son auteur. Il semblerait pourtant qu'une telle exigence ne soit pas inimaginable dans le cadre de la faute délictuelle qui a été caractérisée plus haut comme étant constituée par le dédit. Si, au contraire, on la restreint au mensonge, alors elle ne peut être influencée par la personne qui exerce l'action en contestation, mais la jurisprudence n'a en vérité jamais adhéré à une telle définition de la faute.

dont il est l'auteur, puisse être validée, il faut que cette responsabilité elle-même puisse être objectivement retenue.

434. Or, corrélativement à la reconnaissance d'une responsabilité tendant à s'objectiviser, ont été admises une série de circonstances particulières justifiant d'une atténuation de la responsabilité de celui qui conteste sa reconnaissance mensongère, telles que des considérations relatives à l'erreur ou au dol⁶⁰⁵, ou bien tenant à la nature des relations entre le père prétendu et les enfants⁶⁰⁶, ou bien encore même à la capacité des enfants à comprendre la signification de l'action de celui qui se conduisait jusque là comme un père⁶⁰⁷. La conformité de cette admission à la théorie du contrat, du consentement non vicié qui doit en être la source et de la réalité du préjudice que l'on prétend réparer, dès l'instant que celui-ci ne consiste plus en une simple dégradation de la stabilité du lien de filiation ainsi établi, ne fait bien évidemment aucun doute, quoiqu'elle introduise dans ce système une difficulté logique.

Strictement, là où la responsabilité se prétend objective, elle ne doit pas pouvoir se trouver atténuée par ce qui la fonde justement, à savoir *l'erreur* et non pas *la faute*. Il y aurait donc une antinomie apparente entre d'une part l'objectivité, l'automaticité, dont se pare cette responsabilité qui est engagée *a priori* par le seul engagement de se conduire comme un père

⁶⁰⁵ Il est ainsi possible de distinguer trois cas de figure et trois degrés de responsabilité corrélatifs : si l'auteur de la reconnaissance savait qu'elle était mensongère, sa responsabilité est engagée et il ne peut prétendre à aucun remboursement des sommes versées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, si l'auteur de la reconnaissance a commis une erreur parce qu'il pensait que l'enfant était le sien, sa responsabilité ne pourra pas être engagée mais il ne pourra non plus obtenir le remboursement des sommes engagées pour l'enfant parce que cet homme tombera de facto sous le coup de l'article 342 du Code civil et se verra donc appliquer le régime des subsides. Enfin, s'il est victime d'un dol de la mère, sa responsabilité ne sera pas engagée et il pourra obtenir en outre le remboursement des sommes versées pour l'enfant dès lors que celles-ci se trouvent alors dépourvues de cause. Pour un récapitulatif complet de ces différentes situations et de leurs variations selon que la responsabilité est délictuelle ou contractuelle, voir Philippe MELIN, *op. cit.*

⁶⁰⁶ Dans un arrêt Civ 1^{ère}, 5 novembre 1996 (inédit), D. 1997, p.157, obs. Frédérique GRANET ; RTD civ. 1997, p.111, le pourvoi d'une enfant devenue adulte, dont le père légal avait contesté sa reconnaissance mensongère dix-sept ans après l'avoir souscrite, contre une cour d'appel refusant de lui allouer des dommages et intérêts, a été rejeté. La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel qui a « retenu que leurs relations avaient été inexistantes, qu'il n'y avait entre eux aucun *lien affectif* et admis que l'intéressée avait connaissance de la réalité de sa situation ; (...) ». Il est impossible de ne pas voir ici comment l'absence ou la présence d'affection joue sur la responsabilité qui en dépend alors très directement. Cette décision revient à affirmer clairement que celui qui subvient aux besoins de l'enfant qu'il a reconnu respecte son engagement de se conduire comme un père, puisque tel est le fondement avancé de la responsabilité de celui qui conteste sa reconnaissance non conforme à la vérité biologique...il est bien évident qu'une telle conception de l'engagement paternel peut n'être que très insuffisante !

⁶⁰⁷ Une décision d'une juridiction du fond paraît assez représentative de ces considérations apportées aux circonstances particulières des relations filiales qui existaient jusqu'à la contestation : Fort-de-France, ch. civ. 9 octobre 2009 : « Pour l'évaluation du préjudice, il convient de tenir compte de la nature des relations ayant existé entre l'auteur de la reconnaissance et les enfants (...). Il convient de retenir qu'à l'époque de la reconnaissance en janvier 2000, [l'un des enfants] était âgé de 10 ans et [l'autre] de 8 ans. Les cinq années que M. Luc A. reconnaît avoir passées avec les enfants, ont correspondu à une époque déterminante dans leur vie d'enfants et d'adolescents ».

implicitement contenu dans la reconnaissance, et d'autre part la subjectivité qui intervient *a posteriori* pour la qualifier et pour la nuancer dès lors que l'on vise à rechercher une attitude fautive, et à qualifier un préjudice distinct de la contestation de paternité elle-même.

B. Cause matérielle affective et cohérence du régime

435. Cependant, il n'existe pas d'opposition véritable entre ces deux attitudes du droit puisque celle-ci n'est que l'exception de celle-là, comme le prouve la jurisprudence qui, en vérité, ne recherche pas d'abord la faute, présumée dans le fait, pour le père putatif, de contester la reconnaissance qu'il sait mensongère, et à laquelle il a consciemment souscrit, mais la caractérise en négatif lorsque ce dernier invoque une circonstance particulière de nature à la disqualifier. La faute n'est donc d'abord qu'une erreur, au sens où la succession de ses actions, par leur inconséquence, sont condamnables *in abstracto*, et elle n'a à devenir une faute au sens strict que lorsque l'on cherche à dégager l'auteur d'une telle contestation de reconnaissance de sa responsabilité. Il est donc démontré que la faute n'intervient que de manière incidente et accidentelle dans l'engagement de cette responsabilité, qui, dès lors, est bien objective et donc logiquement automatique.

436. Plus encore, la nature de cette responsabilité est révélatrice d'une certaine conception de la valeur affective que l'on prétend défendre alors, **laquelle se manifeste à la fois dans un devoir-être déterminé de manière abstraite et universelle**, qui ne peut que déployer sa force normative **et dans un être concrètement vécu et singulier**, plongé dans un bain affectif propre, qui entrave les prescriptions qu'il a pourtant lui-même commandées. Loin d'être en effet opposés en une contradiction insurmontable, l'élément affectif qui conduit sympathiquement à la valeur et à l'engagement d'une responsabilité automatique en matière de contestation de reconnaissance de complaisance par son auteur, communique avec l'élément affectif. Dans une dynamique de la singularité, qui peut certes s'objectivée dès lors qu'elle peut être érigée juridiquement en un type, cet élément affectif est en somme une subjectivité radicale. Il peut, en tant que tel, jouer un rôle pour réorienter ponctuellement cette valeur.

C'est là l'exception ; en l'occurrence l'atténuation de la faute. Ainsi donc, il s'agit de voir que ces deux dynamiques de l'affection s'engendrent mutuellement, dans la mesure où une affection qui ne serait pas aux prises avec les qualités particulières relatives à une

situation particulière serait parfaitement dénaturée, et dans la mesure où une affection dont on oublierait la portée axiologique et normative le serait tout autant. La pénétration d'une subjectivité concrète dans le domaine d'un abstrait objectif, ou plutôt la communication qui s'invente entre ces deux champs, *qui sont l'un et l'autre affectifs*⁶⁰⁸, en tant que l'affection est une ouverture de la personne singulière à l'autre, et, en fait, à tout autre. La justice commande que cette réalité soit respectée pour ce qu'elle est.

437. Mais, cette toile de fond sur laquelle le droit joue nécessairement gagnerait à devenir un élément conscient de son exercice, puisque loin alors de constituer seulement une intrusion subjective, qui, par définition doit se soustraire au regard du droit, l'élément affectif tel qu'il intervient dans la relation filiale, est aussi porteur d'une règle, d'une norme objective. Pour la situation qui est ici au cœur de l'analyse, il est vrai que le droit positif agit déjà dans le cadre de cette dualité de l'affect, puisqu'il ne peut en aller autrement, mais il gagnerait en cohérence s'il assumait explicitement cet élément dans son originalité constitutive.

Un aspect sous lequel l'organisation logique du système de responsabilité pesant sur l'auteur d'une reconnaissance mensongère d'enfant la contestant semble largement perfectible est celui de l'évaluation et de la réparation du préjudice. Notamment, l'une des incohérences qui a pu être relevée à propos du fondement contractuel de cette responsabilité est qu'il ne correspond pas au montant des dommages-intérêts qui sont effectivement alloués aux enfants qui sont les victimes de telles situations. Lorsqu'une responsabilité contractuelle est engagée, la réparation doit compenser l'inexécution des obligations que la partie défaillante s'était engagée à exécuter⁶⁰⁹. Or, celui qui reconnaît un enfant s'engage à en être le père, et à ce titre, il s'engage à pourvoir à ses besoins jusqu'à sa majorité et au-delà. Le montant de l'indemnisation devrait donc être très élevé.

⁶⁰⁸ L'affection n'est pas ici synonyme de l'émotion. Voir ROSMINI, SCHELER, ZUBIRI, MADINIER, TARDE, PETRAZYCKI, ORTEGA, PRDINES. Mais on peut aussi renvoyer ici à l'étude d'Aymeric D'ALTON, « La place de l'émotion dans la structure objective du droit », Revue de la B.P.C Thème IV, <http://www.philosophiedudroit.org>, mise en ligne le 3 mai 2012, dans la mesure où cet article insiste sur le rôle de vecteur que joue l'émotion, vers la découverte du droit.

⁶⁰⁹ Geneviève VINEY, Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, Jacques Ghestin (dir.), 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 2008, n°168 ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Les obligations, 1-L'acte juridique*, 16ème édition, Sirey, Paris, 2014, n°374 et s.

438. La jurisprudence, cependant, accorde généralement des dommages-intérêts dont les montants sont bien plus limités⁶¹⁰. Cela se peut comprendre, certes, dira-t-on, parce que celui qui a reconnu l'enfant d'un autre alors absent aurait agi plus par générosité que par malice, et il serait dès lors abusif de lui imposer une réparation intégrale de tout ce qu'un père –ce qu'il n'est pas généalogiquement parlant– aurait eu à assumer pour cet enfant. L'idée est encore de ne pas condamner trop lourdement celui qui n'est pas le père biologique de l'enfant, lequel devrait être seul responsable de son absence. L'injustice serait, dans une telle optique, de condamner celui qui s'est imposé des devoirs qu'il n'avait pas à supporter pour celui qui n'a pas assumé les obligations qui lui incombent *naturellement*, et bien que ces dernières ne soient pas en tant que telles posées par notre droit positif qui pose *a priori* le principe de la liberté de l'établissement de la filiation, en tant que lien hautement personnel.

Selon cette logique, la possibilité même de la responsabilité de l'auteur de la reconnaissance de complaisance devient contestable, et il est patent, dès lors, que ce raisonnement ne résiste pas à l'épreuve des applications juridiques qui en seraient faites, puisque, effectivement, si les juges n'accordent que des réparations limitées des préjudices que subissent les enfants qui voient ainsi leur lien de filiation supprimé, ils en accordent cependant, et, qui plus est, de manière pratiquement systématique.

439. Il est donc impossible de s'en tenir à l'interprétation, selon laquelle cette attitude des juridictions serait conforme à une exigence de justice pour celui qui se serait en quelque sorte « dévoué ». D'ailleurs, une raison plus puissante encore conduit à ne pas accepter de comprendre cette jurisprudence ainsi, qui vient de la comparaison qui peut s'établir entre l'attitude de celui qui reconnaît un enfant qu'il sait ne pas être le sien et celui qui commence d'exécuter une obligation naturelle. Celui-ci peut-il, au nom du fait qu'avant qu'il ne commence à l'exécuter rien ne pouvait l'obliger à le faire, décider, au moment qui lui

⁶¹⁰ Dans les arrêts Civ. 1^{ère}, du 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n°246 ; R. p.135 ; D. 1988, p.225, note MASSIP, et du 10 juillet 1990, Bull. civ. I, n°196 ; GAJC, 12^{ème} éd., n°48 ; D. 1990, p.517, note HUET-WEILLER, les dommages-intérêts alloués s'élevaient à 10 000 Francs, et plus récemment la décision Fort-de-France, ch. civ. 9 octobre 2009, réduit les dommages-intérêts accordés en première instance de 5000 à 1000 Euros. De la même manière, dans une décision Aix-en-Provence, ch. 06 B, du 17 décembre 2009, les juges ont évalué le préjudice moral à 2000 Euros, et ne disent rien du préjudice matériel. Pour un certain nombre d'auteurs, tels notamment que Philippe MELIN, art. préc., le montant de ces indemnités correspondrait davantage à une responsabilité délictuelle, puisque celle-ci permet au juge d'évaluer le préjudice sans bien sûr se rattacher comme dans la responsabilité contractuelle à ce à quoi pouvaient s'attendre les parties. Reste que si les sommes allouées sont systématiquement et clairement rattachées au préjudice moral subi, il est impossible de savoir comment le préjudice matériel est évalué. Il est notable une fois encore que sous couvert de tenir compte des sentiments blessés, on assimile cette affectivité à une pure subjectivité, en occultant complètement l'aspect matériel que ce préjudice peut revêtir.

semblera le plus opportun, d'arrêter de remplir cette obligation ? La réponse s'impose sans que l'on ne songe plus à y voir quelque difficulté : non, il ne le peut pas⁶¹¹.

440. Rien ne justifie donc en droit une éventuelle exclusion de la responsabilité de celui qui s'est librement engagé à se conduire comme s'il était le père de l'enfant qu'il a reconnu, établissant ainsi un lien de filiation. Lorsque, dans ces conditions, l'on regarde le montant des dommages-intérêts alloués aux enfants victimes de ces situations, le constat de leur faiblesse ne peut pas entraîner celui de l'innocence de l'auteur de la reconnaissance, puisque sa responsabilité demeure, et l'idée de cette innocence, voire de cette générosité première ne peut non plus logiquement servir de soutien à l'analyse du montant des indemnités, puisque celles-ci, même symboliques, demeureraient alors injustes. Le véritable problème tient peut-être à la sempiternelle question de savoir comment il est possible d'évaluer, et partant de réparer, un préjudice d'affection, dès lors qu'il est bien entendu qu'un tel manque dans la vie de l'enfant est irréparable.

Qu'importe à la rigueur l'origine contractuelle ou délictuelle de la responsabilité qui est engagée, puisque la particularité de l'objet sur lequel elle porte, lui imprime une imperfection inextricable, non en son principe qui touche aussi à la sanction morale, mais dans sa mise en œuvre matérielle.

L'évaluation du préjudice et les difficultés qu'elle pose sont révélatrices, par les discussions qui les ont entourées, d'une série de questionnements propres à éclairer la signification véritable de cette responsabilité, non parce qu'elles la conforment plus ou moins dans une technique juridique contractuelle ou délictuelle, mais parce que leur étude, excluant logiquement la réponse proposée sur le fondement d'une justice purement génératrice, induit la seule réponse possible, à nos yeux, celle qui s'achoppe sur la dualité dans laquelle est prise la filiation.

441. De nouveau, en effet, la valeur que l'on accorde au lien biologique, même en dehors de sa portée juridique⁶¹², face à un lien affectif, même réel en fait mais aussi

⁶¹¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, PUF, Paris, 2004, n°165 ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Les obligations, 2-Le fait juridique*, 13ème édition, Sirey, Paris, 2009, n°25.

⁶¹² En vérité, il faudrait même aller plus loin puisque non seulement ce lien conforme aux lois de la génétique n'existe pas en droit, mais encore, il ne s'actualise pas non plus dans les faits, dès lors que si celui qui est l'auteur d'une reconnaissance mensongère la conteste lui-même, c'est que le véritable père est ou bien absent de la vie de l'enfant, ou bien présent mais sans intérêt pour lui. Dans ces conditions, on voit mal ce que le lien

en droit, est porteuse d'ambiguïtés. Les conséquences que les juges tirent de la responsabilité de celui qui conteste la reconnaissance de complaisance dont il est l'auteur font apparaître en négatif la place supérieure qu'occupe la vérité des liens du sang, d'ailleurs promue par la Cour européenne des droits de l'homme pour qui l'intérêt de l'enfant est toujours d'avoir accès à sa vérité, c'est-à-dire le plus souvent à la vérité de ses origines génétiques⁶¹³. C'est oublier néanmoins que le terme qui sera alors déterminé de la filiation mensongère n'entraîne pas forcément son remplacement, si tant est que l'on puisse ainsi considérer que les personnes qui prennent la figure paternelle puissent ainsi s'inter-changées, ce qui ne relève certainement pas de l'évidence, par l'établissement de la paternité véritable et qu'ainsi l'intérêt de l'enfant qui n'a plus de père puisse devenir plus incertain encore.

442. Plus précisément, **le rattachement de la responsabilité à la parenté strictement biologique prend encore souvent l'aspect d'un vœu pieux**, comme le démontre très bien les analyses qui viennent d'être menées⁶¹⁴, et cela est la conséquence de la positivité abstraite dans laquelle l'élément affectif est compris. Il est interprété comme relevant d'une subjectivité émanant tour à tour du cœur du père légal ou de celui de l'enfant, qui donc jamais ne se *rencontrent*, alors même que c'est par cette rencontre que le droit peut objectivement et concrètement le saisir sans le réduire.

Comme l'ont perçu des auteurs⁶¹⁵ qui concluaient leurs analyses sur l'ambiguïté d'un double mouvement apparemment antagoniste du droit de la filiation dont les pôles seraient d'une part la toute puissance de la biologie comme seule vérité fiable, *vérité générale*, et

biologique pourrait avoir à proposer de meilleur que le lien, même artificiel, et même humainement houleux qui s'est établi avec l'auteur de la reconnaissance.

⁶¹³ L'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme posant le respect de la vie privée et familiale a été interprété comme devant faire prévaloir, en raison de l'intérêt de l'enfant, la vérité biologique de sa filiation sur tout établissement légal de celle-ci. Autrement dit, selon la CEDH, toute filiation légalement établie doit pouvoir être contestée dès lors qu'elle ne correspond pas à la vérité biologique. Toutefois, la jurisprudence européenne porte également des ambiguïtés sur ce point, comme le montre un arrêt CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, req. N°18535/91, qui « exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne ». Cette jurisprudence, confirmée depuis (CEDH 21 décembre 2010, *Chavdarov c/ Bulgarie*, req. n°3465/03, §38, AJ Fam. 2011, p.108, obs. DOURIS) lie la vérité biologique à la vérité sociale, ce qui peut conduire certains auteurs, avec raison, à douter de la direction que veut prendre la Cour Européenne des Droits de l'Homme. A ce propos et au travers d'une étude des délais de prescription en matière de filiation, voir Jean HAUSER, « Filiation et Prescription », in AJ Fam. 2012, p.29.

⁶¹⁴ Mais c'est ce que montrent aussi bien l'étude de pratiquement toutes les situations dans lesquelles la responsabilité d'un adulte jouant une fonction parentale est engagée vis-à-vis de l'enfant, ainsi d'ailleurs que les cas de responsabilité des tiers du fait des enfants, lorsqu'ils en ont la garde.

⁶¹⁵ Voir notamment ce constat mais à propos de l'adoption : Françoise-Germaine OUELLETTE, « L'adoption face aux redéfinitions de la famille et de l'institution généalogique », in Agnès FINE et Claire NEIRINCK (dir.), *Parents de sang, parents adoptifs, Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption, France, Europe, USA, Canada*, L.G.D.J., Droit et société, série anthropologique, vol. 29, Paris, 2000, p.325 à 343.

d'autre part le démantèlement de la structure strictement généalogique de la parenté, organisé autour d'une accumulation de situations particulières et au nom d'une *volonté individuelle prônant son droit à l'amour*, il y a bien une distorsion qui semble s'imprimer avec de plus en plus de force sur le droit. S'il est bien certain qu'il ne s'agit pas de promouvoir la domination de l'affect, ainsi conçu, comme principe directeur de la responsabilité parentale, il n'est pas moins vrai de dire que le critère biologique entendu comme une abstraction devient une fausse objectivité qui conduit seulement à justifier les incohérences de la réparation du préjudice subi par l'enfant.

443. Il est toutefois possible de dépasser cet antagonisme de l'affectif et du biologique dans lequel chacun des termes contradictoires voudrait s'imposer comme vrai. Si l'on accepte de reconnaître que l'élément affectif est un transcendant du voulu et du non voulu, une ouverture à la situation des personnes dépassant leurs volontés individuelles ou même interindividuelles, laquelle situation est ainsi à la portée du droit en tant qu'objectivité non réductrice, alors, plus rien ne justifie qu'il soit regardé comme la force s'opposant au lien généalogique, supposé plus parfait et entier que lui. Au contraire, il y a une complémentarité de ces deux éléments, qui sont d'ailleurs compris l'un dans l'autre en l'absence de toute injustice propre à nécessiter l'intervention du droit de la responsabilité.

Dès lors que la responsabilité d'un parent est engagée envers son enfant, cela ne peut être que parce qu'une rupture est intervenue, non pas entre les liens du sang et les liens du cœur, mais bien entre l'ensemble qu'ils constituent, dont la filiation est la forme, et le statut légal dans lequel la parenté, comme d'ailleurs la parentalité⁶¹⁶ sont fixées. Cette évidence, que l'on admettra sans peine quant à l'origine de la responsabilité, tient plus difficilement son rôle lorsqu'il s'agit des modalités de la réparation, où l'on a vu que l'élément affectif continuait d'être faussement perçu comme un perturbateur de la biologie. Il est effectivement suffisant, pour engager la responsabilité de celui qui s'est investi dans l'institution de la parenté, mais qui voudrait s'en départir, de constater qu'il est légalement lié à l'enfant, même en l'absence de possession d'état conforme au titre.

⁶¹⁶ La distinction de la parenté et de la parentalité semble relativement arbitraire en ceci qu'elle repose justement sur une opposition du biologique et de l'affectif, ou pire du légal et de l'« a-légal », alors que la parentalité ne paraît être que le contenu de la parenté, laquelle peut être dépourvu de toute corrélation biologique comme dans l'hypothèse de l'adoption, mais jamais de son caractère légal à moins seulement qu'elle n'existe pas elle-même comme dans l'hypothèse où un enfant aurait été abandonné et avant qu'il ne retrouve une famille. Le tiers auquel on prête une parentalité, exerce un autre rôle mais qui ne peut être vraiment celui du parent, mais toujours celui d'un tiers, quand bien même celui-ci serait plus dévoué à l'enfant que ne le serait le parent. Sans que cela signifie un refus net d'accorder une place légale au tiers dans la vie de la famille, il s'agit simplement de dire que cette place ne peut être alors celle du parent.

444. D'où l'idée de l'engagement systématique d'une telle responsabilité, ce qui correspondrait à une forme de réparation en nature et anticipée. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'évaluer la gravité de la faute et l'ampleur du préjudice, la question de l'amour filial et de l'impossibilité qu'il y a à l'évaluer, notamment en argent, conduit à minimiser cette responsabilité. Or, c'est le cas de tout préjudice moral, que l'on accepte pourtant de réparer, parfois même de façon conséquente, et alors que dans le cas d'une contestation de reconnaissance mensongère par celui qui en est l'auteur le préjudice moral se double, de l'aveu même des juridictions, d'un préjudice matériel qui devrait à lui seul représenter une somme non négligeable. Cela ne s'explique que par rapport à la biologie que l'on estime lésée par cette relation filiale mensongère, et par l'idée que le père biologique devrait supporter cette responsabilité. Mais, en faisant du critère biologique un pendant nécessaire et limité dans sa fonction de support à une présomption de l'affection porteuse d'un devoir-être, on aboutit à la conclusion que l'établissement d'un lien de filiation devant le droit devrait empêcher toute contestation de ce lien par la personne qui en a été l'instigatrice. La volonté doit être limitée par l'affection en tant que puissance normative et en tant qu'acte normatif.

445. Le « véritable » père est celui qui en a accepté non seulement la mission mais encore le statut, et il faut encore une fois dire que l'engagement systématique de sa responsabilité lorsqu'il cherche à se dégager des liens dans lesquels il se sera lui-même investi, au nom d'un sentiment paternel doublement fictif (celui qui n'existe plus du père légal et celui qui n'existe pas encore du père biologique), relève d'un élément affectif tronqué, qui exigerait, rétabli dans son ordre, que l'on interdise ce type d'action, au même titre qu'elle est interdite lorsqu'un homme consent à une procréation médicalement assistée avec donneur⁶¹⁷.

446. Il serait donc possible d'envisager un régime unifié de la reconnaissance mensongère et de la procréation médicalement assistée dans lequel l'action en contestation de paternité ne serait possible que lorsque le consentement est vicié, et dans lequel dès lors,

⁶¹⁷ « Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet. » Article 311-20 al 2 du Code civil

la responsabilité n'aurait plus à intervenir a posteriori, mais existerait bien ab initio, dans la création même du lien parental.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

447. La responsabilité qui est entendue comme une réponse due entre les membres d'une même famille se révèle ainsi causée par l'affection qui s'y déploie ou bien au contraire qui fait défaut. L'affect détermine finalement l'engagement de la responsabilité qui se présente entre conjoints ou dans les rapports de filiation. Quoiqu'il n'apparaisse souvent que dans des situations qui ont un caractère exceptionnel, il n'en demeure pas moins concrètement présent partout. Il ne devient utile en revanche, et sa présence ne se fait sentir en droit, que lorsque la particularité de la situation humaine jugée par la responsabilité nécessite que soit déterminée une cause.

448. En effet, c'est bien parce que la relation est singulière que les règles de la responsabilité ne peuvent être appliquées dans le champ familial exactement comme ailleurs. Même lorsqu'aucune règle spéciale de responsabilité n'est prévue par le législateur, les juges se trouvent de fait contraints d'aménager les définitions communes de la faute, du préjudice et du lien de causalité pour pouvoir établir une réparation ou une sanction. En se référant d'une part à ce que l'affect devrait être, et en fixant ainsi, même sans le savoir, une normativité de l'affection, et en observant d'autre part ce que les formes concrètes qu'a pris l'affection, présente ou manquante, dans le lien familial observé, la responsabilité apparaît comme un mécanisme dépendant de la valeur du comportement observé.

Alors que la responsabilité est actuellement perçue de plus en plus en droit civil comme un mécanisme neutre, et objectif, la présence de l'affect dans la famille tendrait à le ramener à une fonction normative, et non pas seulement « normalisante ».

449. Le danger que coure néanmoins le système de la responsabilité à ignorer cet élément affectif en théorie, tout en relevant déjà la présence, nécessaire, en pratique, **est celui d'une confusion entre l'affection et une forme de volonté** mouvante et abstraite. Si l'affect est perçu comme une volonté, alors il pourrait imposer finalement des solutions dénuées de sens. En effet, il serait alors en fait déconnecté de la situation dans laquelle il s'est formé et exprimé. Le fait que le droit soit en fait habitué à cerner la volonté, dans le contrat

par exemple, ne change rien aux risques de son assimilation à l'affect dans le domaine spécifique de la responsabilité familiale.

Ce danger ne peut être évité qu'à la condition d'accepter de saisir en droit ce que la responsabilité familiale doit à un affect qui non seulement justifie que des personnes se soient engagées l'une envers l'autre, mais encore qui explique les modalités auxquelles l'engagement de leur responsabilité répondent.

CONCLUSION DU TITRE II

450. Si la présence de l'affect dans le système de la responsabilité tel qu'il existe dans les rapports familiaux a pu d'abord être démontrée comme potentielle⁶¹⁸, elle est encore efficiente. C'est-à-dire que l'affect y joue un rôle très directement observable dans les cas où une rétribution ou une sanction est imposée à un membre de la famille envers un autre.

Que les époux ou les parents se trouvent ainsi juridiquement tenus pourrait, en bien des occurrences, s'expliquer par la simple reconnaissance des conditions classiques de la responsabilité. Mais une telle explication passerait à côté des singularités que cette responsabilité découvre lorsque sa mise en œuvre pratique est étudiée. Or, la compréhension de cette singularité s'avère facilitée par la considération de l'élément affectif, qu'il soit d'ailleurs détourné ou reçu pour ce qu'il est.

451. L'affect a ainsi notamment permis de mettre au jour certaines difficultés propres à l'engagement d'une responsabilité dans la famille, qu'il résout parfois, mais qu'il permet en tout cas au moins de mieux approcher.

Il peut être surtout paradoxal de relever que si la responsabilité n'est généralement pas entendue en droit comme un engagement pris pour l'avenir, la distinction de ces deux manières d'être engagé envers un proche éclaire non seulement le sens de la responsabilité familiale, mais encore les moyens par lesquels sont retenus, en un sens cette fois classique de la responsabilité, les critères de la responsabilité. En somme, la responsabilité qui apparaît nettement dans la famille comme une forme de garantie pour l'avenir, et pour une finalité affective que l'on vise au moment où l'on superpose au lien affectif premier un lien de droit qui lui donne sa forme, apparaît aussi comme une réponse que l'on doit donner en vertu d'un geste illicite qui aura été commis dans le passé, parce qu'un élément affectif était matériellement présent, ou absent⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Cf. *supra* Titre I.

⁶¹⁹ L'absence est encore une forme de présence si l'on note bien que l'absence ne peut se définir que par rapport à la représentation mentale que l'on se fait de ce qui est absent. Cette représentation mentale est une présence mentale. C'est ce qu'indique Maurice NEDONCELLE, dans *La réciprocité des consciences*, Paris, Philosophie de l'esprit, Aubier, éditions Montaigne, 1942, 329 p.

Première Partie-Titre II-Conclusion

La responsabilité acquiert donc dans la famille une étendue temporelle qui paraît plus large qu'ailleurs, parce qu'elle s'exprime aussi bien dans un *a priori*, que dans un *a posteriori*. Aux deux extrémités de cette temporalité, c'est l'affect qui justifie qu'elle existe, et qu'elle existe ainsi. Il a donc un rôle effectif net dans la cadre de la responsabilité familiale.

Conclusion de la première partie

452. Alors que l'idée semblait s'imposer d'une incompatibilité de l'affection gratuite et impondérable avec la logique comptable que suppose la responsabilité, même engagée dans la famille, l'examen des concepts comme des événements pratiques dans lesquels cette responsabilité se manifeste démontre au contraire que l'affect y joue un rôle particulier.

En effet, l'affect, tel qu'il doit être défini au regard de sa nature concrète et dynamique dans la famille, est en fait impliqué dans la responsabilité familiale. Il peut se concilier avec toutes les exigences raisonnables de la responsabilité. Il peut s'adapter aussi à l'équilibre que met en œuvre une responsabilité, dans la mesure où s'il est lui essentiellement gratuit, rien n'interdit que soit admise, comme pour tout préjudice moral, une forme d'équivalence que l'on sait imparfaite, mais utile. Mais à la vérité, l'élément affectif fait bien plus que de se concilier aux principes que présuppose la responsabilité, parce que dans la famille, ces voies de communication entre lui et la responsabilité acquièrent une valeur motrice. L'affect est moteur parce que, par sa présence toujours potentielle dans la responsabilité familiale, il éclaire sous un jour différent les difficultés actuelles d'un pan du droit de la famille, et parce qu'il en réduit en certain cas la portée.

Lorsqu'il n'est plus seulement potentiellement présent, mais qu'il l'est actuellement dans un certain nombre de situations, qui, bien que marginales, posent néanmoins de véritables problèmes, cette fonction motrice est plus saillante encore, puisqu'il justifie que la responsabilité soit possible ou impossible, selon la valeur qui lui est reconnue. Il est ainsi d'une densité telle qu'il peut effectivement repousser la responsabilité, non pas parce qu'il serait incompatible à elle, mais parce qu'il est regardé comme supérieur. Dans d'autres cas, il ne repousse pas la responsabilité, mais impose à ses logiques de s'imposer par des voies spécifiques. L'affect est alors toujours plus ou moins implicite, mais actuel.

453. Il est des hypothèses dans lesquelles, en revanche, il n'est plus implicitement présent, mais bien explicitement, en tant que cause de la responsabilité qui est engagée dans la famille. Il explique alors aussi bien que les personnes aient pu choisir d'accepter par avance les conséquences d'un statut, marital ou attaché à la filiation, que la responsabilité qui s'impose à elles une fois l'engagement pris et trahi. Comme s'il devait être à la fois une cause finale et une cause matérielle de la responsabilité telle qu'elle unit les membres d'un couple ou les ascendants à leurs descendants, l'élément affectif prend directement place dans la détermination des voies qu'emprunte la responsabilité. Il peut ainsi peser sur les définitions retenues des éléments constitutifs de cette responsabilité, en modelant notamment très sensiblement la faute, qui en somme doit toujours dans la famille être teintée d'une gravité spécifique.

En l'assumant plus directement, il semblerait dans ce rôle, il semblerait que le système de la responsabilité familiale pourrait gagner en cohérence, parce qu'il est apte à unifier toutes ces formes, et à proposer des solutions pour quelques unes des impasses auxquelles elle est actuellement confrontée.

454. Reste que l'affect ne joue pas toujours de l'intérieur un rôle moteur dans la responsabilité familiale. Il apparaît parfois au contraire comme un élément indépendant, de fait, qui ne peut plus la fonder mais qui au contraire la trouble.

SECONDE PARTIE : L'AFFECT PERTURBATEUR DE LA RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE

455. Après avoir montré que l'élément affectif pouvait bien tenir une place au sein du droit de la responsabilité, et même qu'il le devait dès lors que la responsabilité unissait les membres d'une même famille, **il faut admettre maintenant qu'il n'est pas toujours intégré au système de la responsabilité et qu'il apparaît parfois au contraire comme un élément doté d'autonomie par rapport à lui.** En ce cas, il ne peut plus fonder la responsabilité et en être le moteur, et il semble devenir plutôt un fait perturbateur. Il contribue alors à brouiller franchement la détermination de la responsabilité dans la famille, et pose de véritables défis conceptuels et pratiques à l'application d'un droit qui soit juste dans le prononcé d'une sanction ou d'une réparation d'un dommage causé.

456. **En tant que phénomène concret que le droit de la responsabilité familiale doit saisir comme extérieur à lui, l'affect qui le trouble peut se manifester sous la forme d'un trop ou d'un trop peu.** Il est un excès qui rend ardue la détermination du degré de responsabilité du criminel passionnel par exemple, mais aussi de l'auteur d'un inceste, ou une carence grave qui complique les réponses juridiques à donner aux coupables comme aux victimes de toute une série de maltraitances familiales. De ce point de vue, il est assez net que l'affect qui est dérégulé, justement parce qu'excessif ou faisant défaut, contribue pratiquement à dérégler aussi bien la responsabilité, qui semble éprouver un certain malaise, notamment lorsqu'elle est pénale, devant la complexité d'une situation familiale où il faut bien admettre

Seconde Partie

que les frontières des actions voulues et subies ne s'expriment pas toujours avec une grande clarté. Mais à partir du moment où ce dérèglement est d'abord constaté, puis analysé, il serait peut-être envisageable de tirer de l'autonomie que présente l'affect dans ce cadre, et de sa qualité d'objet du droit de la responsabilité familiale, les principes à partir desquels une nouvelle régulation de ces situations pourrait être construite.

457. Ainsi, les dérèglements de l'affect dans la famille doivent-ils être avant tout cernés par la responsabilité (Titre I), afin de pouvoir déterminer s'ils ne peuvent ensuite faire l'objet d'une nouvelle régulation, passant alors nécessairement par une nouvelle définition de ce que peut être un tel affect lorsqu'il doit être appréhendé comme un objet du droit, alors qu'il ne relève pas du même ordre en principe (Titre II).

TITRE 1. LES DEREGLEMENTS DE

L’AFFECT ET DE LA RESPONSABILITE

DANS LA FAMILLE

458. L’élément affectif intervient d’une façon particulièrement édifiante lorsqu’il agite les principes de la responsabilité chargée de sanctionner les attitudes inadaptées des membres de la famille entre eux.

Ces attitudes illicites et inadaptées pourraient être distinguées selon qu’elles relèvent d’un manque ou d’un excès d’affect, et cela devrait alors conduire à l’étude d’une part des maltraitances et d’autre part de la criminalité passionnelle et de l’inceste. En effet, il est généralement admis, mais *a priori*, que le membre de la famille maltraitant serait trop peu aimant, tandis que celui qui commet une violence incestueuse ou passionnelle aimerait au contraire trop. Or, l’analyse prouve qu’un tel partage trouve très rapidement ses limites, parce qu’il est simplificateur d’une part, et inapte à couvrir des situations dans lesquelles en fait l’excès et le manque sont avant tout une qualité, et non seulement une quantité. En clair, et puisqu’il a déjà été démontré que l’affect se prêtait assez mal aux mesures quantitatives, l’affect qui est perturbé dans la famille est avant tout dévoyé ou déplacé.

459. C’est ainsi qu’il serait plus efficace, pour distinguer les différentes situations dans lesquelles l’affect est perturbé au point d’imposer qu’une responsabilité soit engagée, de retenir un critère plus pragmatique⁶²⁰, et relatif principalement à la gravité du comportement inadapté. Sans qu’il soit bien sûr question de hiérarchiser des peines, qui sont en tous les cas tragiques, il est au moins utile de retenir que dans certains cas, le comportement affectif déréglé conduit à un homicide ou à une tentative d’homicide du membre de la famille qui en est victime, tandis que dans d’autres cas, la violence ne vise pas directement la vie de la victime. En procédant ainsi, et en suivant aussi par là une distinction

⁶²⁰ Sur la démarche passant d’un critère de fond à un critère pragmatique, voir Henri BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J, Paris, 1979, 519 p. Notamment p. 202 et s.

qui n'est pas étrangère à la logique de la responsabilité pénale, il n'est pas interdit de réintroduire comme second critère de distinction les excès ou les manques qui viennent d'être évoqués.

Une telle distinction présente en outre un avantage théorique, puisqu'il s'avère que l'affect n'est étrangement pas regardé de la même manière dans ces deux séries de situations. En effet, dans le cas d'une violence qui ne vise pas la mort l'affect est presque banalisé, au sens où il n'est pas spécialement reçu comme propre à la relation familiale observée, ou bien parce qu'il suscite même une forme de rejet. Ainsi dira-t-on par exemple que l'inceste n'est pas un crime spécifique, mais qu'il ne peut être que la circonstance aggravante d'un viol, ou bien que les maltraitances ne sont d'abord que des violences qui sont partout prohibées, mais aggravé par la qualité de conjoint ou d'ascendant ou de descendant de l'auteur. Dans le cas d'un crime conduisant à la mort de la victime au contraire, et peut-être paradoxalement, l'affect devient passionnel, et semble alors d'une certaine manière pris en compte pour sa singularité, quoiqu'il ne pèse pas toujours significativement sur le prononcé des peines, et qu'il ne soit pas non plus particulièrement organisé par la loi. Du moins est-il recherché par les avocats de la défense comme une cause potentielle d'atténuation de la responsabilité.

460. Seront ainsi distingués d'une part les dérèglements qui se manifestent en des violences familiales qui banalisent l'affect comme élément perturbateur (Chapitre 1), et d'autre part les crimes qualifiés de passionnels, pour lesquels au contraire l'affect se trouve peut-être surinvesti par le droit (Chapitre 2).

Chapitre 1. RESPONSABILITE DANS LES VIOLENCES FAMILIALES ET BANALISATION DE L'AFFECT

461. Lorsque des violences familiales sont commises, l'affect intervient bien comme un élément qui peut être distingué et isolé, et qui est déréglé. La violence, quelle que soit la forme qu'elle prend dans la famille, révèle en effet un dysfonctionnement dans les rapports qu'entretiennent entre eux les membres de la famille.

Le fait que la victime et le coupable de la violence ne puissent être dérobés à la présence des témoins familiaux est à cet égard particulièrement édifiant. Même dans le secret qui caractérise en général les maltraitances familiales, le silence⁶²¹ est au moins partagé, et c'est là peut-être toute la particularité de ce secret de famille. Ainsi donc la responsabilité s'en trouve nécessairement perturbée, parce que non seulement l'affect est un mobile de la violence, mais parce qu'il est aussi un mobile de la passivité du regard des témoins familiaux qui assistent à la maltraitance. En la déniait, au sens véritable et plein de ce terme en psychologie⁶²², ou en sachant plus ou moins consciemment que cette violence dont l'un des leur est victime est un mode de fonctionnement familial qui en atteint tous les membres, les témoins tiennent ici une place tout à fait spécifique.

462. La violence familiale paraît devoir être abordée sous deux angles distincts dans la mesure où il existe une particularité de la violence incestueuse, qui d'ailleurs apparaît comme être l'une des problématique centrale des rapports de l'affecte et de la responsabilité dans la famille. Ainsi donc cette violence propre à l'inceste a paru devoir faire l'objet d'un examen spécifique, qui est séparé de l'examen des autres types de violences familiales, que sont les maltraitances au sens où on les entend généralement⁶²³.

⁶²¹ Pour une étude approfondie de ce thème, voire Pascal DIENER, *Le silence et le droit*, thèse de doctorat soutenue à Bordeaux, 1975, 587 p.

⁶²² L'objet du déni n'est pas en ce sens seulement une chose que l'on refuse de voir, mais il est un impensable. Le silence qui découle d'un déni est ainsi pour le coup radicalement différent du secret, parce qu'il est cette fois relatif à ce qui n'a pu être formulé, ni en soi, ni donc a fortiori pour d'autres.

⁶²³ Elle est entendue comme une violence quelconque commise plus spécifiquement dans le cadre familial, mais il n'est pas inutile de relever ici qu'aucun des grands dictionnaires juridiques ne définit cette notion.

463. Sans avoir voulu par là nier qu'il peut exister en fait un lien de fait entre ces différentes violences, il s'agissait plutôt d'exposer les difficultés particulières au cas de l'inceste (Section I), avant de proposer une synthèse de celles que posent la maltraitance dans l'ensemble des relations familiales (Section II).

Section I. Les violences incestueuses : l'élément affectif comme objet dévoyé du droit de la responsabilité

464. Dans les cas de violences familiales, l'inceste apparaît comme devoir tenir une position particulière, non seulement en raison même de ce que ce tabou a de fondateur dans la famille⁶²⁴, mais aussi parce que l'affect y est véritablement détourné. La responsabilité pénale, mais aussi civile, perçoit certes l'inceste comme une cause d'aggravation de la violence sexuelle commise, mais elle ne peut ignorer que ce qui se joue repose sur une affection qui, d'une certaine façon, manque son but, et occulte en fait un sens du lien familial d'une façon très profonde. Elle ne peut l'ignorer en vérité parce qu'un certain nombre de questions dans la mise en œuvre concrète de cette responsabilité se trouvent compliquées dans ces situations. De fait ainsi, l'affect s'impose comme objet de réflexion.

Il doit être aussi bien regardé lorsque l'auteur de ce crime est condamné par le droit pénal, au nom d'une violence qu'il permet d'identifier (Sous-section I), que lorsque l'enfant qui est issu d'un tel inceste invoque un préjudice (Sous-section II).

Sous-section I. L'INCESTE, DE LA VIOLENCE AU VIOL INCESTUEUX

465. Le cas de l'inceste est particulièrement révélateur de l'ambivalence du droit face à une responsabilité où s'implique un élément affectif perturbateur. Le fait pour un ascendant ou un consanguin quelconque d'avoir des relations intimes avec un membre de sa famille relève d'un tabou fondamental⁶²⁵, en ce qu'il introduit un trouble majeur dans la distinction des générations, mais n'est pratiquement sanctionné en droit

⁶²⁴ Cf. *supra*. Voir Sigmund FREUD, *Totem et tabou*, Petite Bibliothèque Payot, S. Jankélévitch (trad.), Paris, 2005, [1912-1913], 225 p.

⁶²⁵ Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille », in *RTD civ.*, octobre-décembre 2000, p.759 à 780.

français que s'il est le fruit d'une violence, ou par le biais de la protection des mineurs⁶²⁶. Cette vue suppose donc qu'il puisse il y avoir des incestes sans violences, et partant sans victime⁶²⁷.

Or, s'il l'on admet qu'il puisse n'y avoir aucune contrainte dans certains cas d'inceste, c'est bien nécessairement parce que l'affection que se porteraient les deux protagonistes l'aurait « débordé ». Un point culminant de la difficulté du traitement de l'inceste en droit, paraît donc devoir être exploré. Tout est conçu comme si, pour une fois, l'élément affectif n'était pas un obstacle au consentement de la volonté libre, mais au contraire, l'un de ses élans, sans que d'ailleurs le point de passage de l'une de ces définitions de l'affect à l'autre ne puisse être clairement saisi. Sans doute est-il pourtant tout aussi erroné de considérer que l'élément affectif soit un élément du consentement, qu'il ne l'était de penser qu'il puisse le mettre en échec. L'affect et la volonté appartiennent à deux ordres différents et sont incomparables l'un à l'autre.

466. Ce climax d'ailleurs n'est pas isolé, si bien que le thème de l'inceste semble être marqué d'une succession de sommets de complexité⁶²⁸ ; car si l'affect est bien déterminant dans les sanctions que l'on applique à ce comportement, il est encore toujours pris dans une relation qui unit au moins trois personnes au lieu de deux. L'inceste est une histoire familiale, pour laquelle les études criminologiques et psychologiques s'accordent toutes à dire que ceux qui le commettent l'ont presque toujours vécu *d'abord*⁶²⁹, et que, de

⁶²⁶ Voici la raison pour laquelle l'inceste, qui peut en fait être analysé davantage comme un trouble dans les liens familiaux, est ici examiné sous l'angle de la violence. C'est cette dernière en effet qui permet la sanction dans notre droit, et, en outre, il est possible d'estimer que la violence est irrémédiablement présente dans les situations incestueuses. Mais ce point sera discuté, dans la mesure où il est précisément postulé dans notre système pénal qu'il existe des incestes qui sont dépourvus de violence.

⁶²⁷ Il faut ici renvoyer par exemple aux travaux du Comité d'éthique allemand, qui l'ont conduit, le 24 septembre 2014 à proposer la dépénalisation de l'inceste commis entre frère et sœur consentants. Le droit pénal n'aurait, selon lui, pas à protéger un tabou social, d'ailleurs suffisamment garanti par la condamnation systématique de l'inceste commis entre ascendant et descendant, ainsi que par la condamnation des violences sexuelles. Si l'Allemagne devait suivre le chemin de son Comité d'éthique, elle se rapprocherait sensiblement de ce qui existe déjà en France, rompant par là même avec le partage qui s'opérait traditionnellement sur ce point entre pays du Nord et pays latins. D'autres pays européens condamnent au contraire l'inceste « en lui-même » : c'est le cas de l'Angleterre, du Danemark, de la Suisse, pour qui le lien familial ne constitue pas une circonstance aggravante de l'*infraction sexuelle*, mais pour qui l'inceste, même consenti, est condamnable. Cf. une note de synthèse du sénat, consultée sur internet : <http://www.senat.fr/lc/lc102/lc1020.html>. Il apparaît ainsi bien que la réponse de droit que l'on doit apporter aux situations incestueuses ne témoigne d'aucune évidence. Enfin, comment ne pas signaler le bref épisode législatif français au cours duquel une loi tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes de tels actes, a été adoptée puis abrogée par le moyen de deux Q.P.C. Cette loi montre bien que l'on ne sait pas quoi faire en droit de cet inceste si rétif à ses filets.

⁶²⁸ Cf. par exemple le bref, mais révélateur article de Xavier LABBEE, « Les paradoxes de l'inceste », *in Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, n°334, p.5

⁶²⁹ Yves-Hiram L. HAESVOETS, *L'enfant victime d'inceste, De la séduction traumatique à la violence sexuelle*, 2^{ème} édition, 2007 [2002], Bruxelles, 289 p. « L'expérience clinique et les recherches en

plus, les membres de la famille qui fonctionne (dysfonctionne) autour d'un couple incestueux en sont tous ou les complices silencieux, ou les spectateurs impuissants.

Autant de difficultés que l'ont ne peut plus se passer d'affronter, à l'heure où plus que jamais la question de la prohibition de l'inceste est en droit controversée, et socialement ébranlée par l'idée qu'enfin, *chacun aime qui il veut*.

467. La violence incestueuse revêt pour toutes ces raisons un sens spécifique, qui ne peut pas être assimilé à une violence quelconque (Paragraphe 1). Mais encore faudrait-il que ce sens puisse être porteur de solutions de droit, dans un contexte où la légitimité même de la sanction pénale de cette attitude peut être discutée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le sens de la violence incestueuse

468. Si le droit civil n'intervient dans l'inceste que pour l'empêcher en prohibant les unions entre consanguins ou entre proches parents, ou pour isoler de ses conséquences en ne reconnaissant pas à l'enfant qui en serait issu de faire établir sa double filiation, le droit pénal de son côté ne l'envisage qu'en tant qu'il aura été le fruit d'une contrainte⁶³⁰. Envers les mineurs évidemment cette contrainte est liée à la minorité même et il se conçoit aisément que, de là, l'idée soit que l'inceste commis entre adultes consentants ne concerne pas la règle de droit, ou du moins pas les mécanismes de la responsabilité, qui n'existent que parce qu'il existe d'abord une victime à défendre, ou dont le mal doit être compensé, et un coupable à punir. L'inceste sans violence serait donc un inceste sans victime. Alors que le consentement de la victime ne peut être ordinairement retenu pour écarter une

matière de maltraitance mettent en évidence la caractère répétitif et récurrent de ce phénomène. Le phénomène de la maltraitance a tendance à se reproduire d'une génération à l'autre », p. 53. Plus loin « De nombreuses études ont mis en évidence l'existence fréquente de mauvais traitement, d'abus sexuels et de carences majeures dans l'enfance des parents abusifs. Coulborn-Faller (1989) a exploré, dans un collectif de 154 cas de sévices sexuels, l'anamnèse familiale quant aux abus sexuels subis par les abuseurs et les mères des victimes. Plus d'un tiers des agresseurs sexuels et environ la moitié des mères des victimes avaient subis des violences sexuelles dans l'enfance », p. 55.

⁶³⁰ Crim., 21 octobre 1998, n°98-83.843, D. 1999, p.75. Cet arrêt pose clairement la règle selon laquelle la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime mineure est une circonstance aggravante du viol, qui dès lors ne peut être caractérisé par ce seul constat. La règle demeure aujourd'hui inchangée après la disparition de la règle ayant un temps visé à introduire l'inceste dans le code pénal. Cf. *infra* sur ce point p. 300 et s.

qualification pénale⁶³¹, l'inceste se trouverait, lorsqu'il vise deux majeurs, pris en défaut par lui.

469. Bien que cette conception soit clairement aux sources de la réponse juridique donnée en France à l'inceste⁶³², elle n'est pas inattaquable, loin s'en faut. La mise en place, pour un temps très court, de loi visant à introduire un crime d'inceste⁶³³ « autonome » et non simplement regardé comme étant une circonstance aggravante d'une violence sexuelle n'a, au fond, pas modifié la définition de l'acte incestueux. Avant même que la loi ne soit censurée par le Conseil Constitutionnel⁶³⁴, ce texte manquait son but⁶³⁵. Le fait que le législateur ait songé à créer l'incrimination d'inceste, sans parvenir à concevoir un texte qui soit véritablement apte à en poser une définition claire et efficiente, peut être justement révélateur de la nécessité de la réflexion sur le sens de ce crime familial.

⁶³¹ Xavier PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., 2002, 724 p.

⁶³² Notons que les pays qui prohibent l'inceste en lui-même expliquent souvent l'absoluité de l'interdiction par le fait qu'il y aurait, dans ces unions, un risque trop grand de handicaps de toute nature pour les enfants qui pourraient en être issus. Cette argumentation paraît assez faible car si elle répond à l'idée que l'inceste serait un tabou construit sur des considérations évolutionnistes, ce qui déjà est un peu réducteur, elle ouvre la voie à des casuistiques infinies d'exceptions dans lesquelles la relation incestueuse ne pourrait pas conduire à la naissance d'un enfant. En effet, accepter de dire que l'inceste doit être prohibé et condamné pénalement parce que les descendants de ce couple prendraient le risque de naître avec un préjudice, c'est déjà accepter de dire que la naissance en situation de handicap est un préjudice, et c'est accepter ensuite de répondre à ceux qui diront avoir des pratiques certes incestueuses mais non susceptibles de conduire à la procréation. Les attouchements incestueux seraient-ils dans ce cas prohibés également ?

⁶³³ La loi du 26 janvier 2010 créait notamment deux articles qu'il faut citer ici : L'article 222-31-1 du Code pénal prévoyait que l'inceste soit défini comme « les viols et les agressions sexuelles [...] commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autres 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 ». Remarquons que seuls les mineurs étaient visés, et que le texte était manifestement trop imprécis pour satisfaire aux exigences les plus élémentaires du droit pénal. Ce point est d'une évidence telle, que l'on peut se demander ce qui a pu conduire le législateur à penser condamner efficacement l'inceste par un tel texte. L'article 227-27-2 du Code pénal qualifiait quant à lui les atteintes sexuelles incestueuses, avec la même imprécision que l'article 222-31-1. Aucun de ces deux textes n'organisait de sanctions particulières pour ces nouveaux crimes qui ne modifiaient en rien la répression de ces actes. Ils avaient, en revanche, sans doute le mérite de permettre une meilleure prise en compte statistique de la violence incestueuse. Cet aspect, politique et non juridique de la loi, est peut-être celui par lequel cette intervention du législateur trouve une cohérence.

⁶³⁴ Cons. Constit., 16 septembre 2011, n°2011-163 QPC, D. 2011, 2823, obs., G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, S. MIRABAÏL et T. POTASZKIN. Cette décision déclare l'inconstitutionnalité de l'article 222-31-1 du Code pénal, au motif que le cadre familial n'y est pas assez clairement défini, alors même que c'est justement ce cadre qui justifiait la spécialité de l'incrimination. Cons. Constit., 17 février 2012, n°2011-222 QPC. Cette fois-ci c'est l'article 227-27-2 du Code pénal qui est déclaré inconstitutionnel. C'est le principe de la légalité des délits et des peines qui s'opposait en fait à ce que soit retenue une incrimination d'inceste à l'encontre de personnes indéfinies. Le principe de la nécessité de la loi pénale est aussi discuté lorsque l'on aborde la question de la potentielle autonomisation de l'inceste dans notre Code civil. Cf. *infra*. p. suivante.

⁶³⁵ La doctrine pratiquement unanime le condamnait, et il faut bien suivre les protestations, légitimes en tout état de cause, qui ont été adressées à cette loi. On trouvera un rapide exposé des principaux reproches qui ont été adressés à cette loi dans un article de Jean-Claude PLANQUE, « *Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables* », *in Gaz. Pal.* 19 avril 2012, n°110, p. 13 et 14.

470. D'abord parce qu'il faudrait s'entendre sur ce qui constitue la violence en l'occurrence (I), et ensuite parce qu'un tel vécu familial n'est que l'épicentre d'un séisme qui se révèle bien dans les faits comme un dérèglement affectif (II).

I. LES LACUNES PERCEPTIVES DE L'INCESTE SOUS L'ANGLE DE LA CONTRAINTES ORDINAIRE

471. **La violence dont il est question lorsqu'il s'agit de punir un inceste se définit, comme pour toute atteinte sexuelle, par un défaut de consentement de la victime.** Une frontière nette est tracée entre le voulu et le non-voulu, du moins pour ceux qui ont atteint la majorité sexuelle, puisque les mineurs de quinze ans sont par principe considérés comme n'étant pas aptes à donner un consentement qui puisse avoir valeur d'assentiment à l'accomplissement de l'acte incestueux. Il ne paraît donc pas inapproprié de considérer que les protections particulières accordées aux mineurs dans ces situations sont une conséquence logique de la définition de la violence. Un mineur ne peut être regardé comme ayant consenti une relation avec un de ses consanguins ou collatéraux. Cette règle est d'importance, puisque les études de criminologie ont bien montrées que l'auteur de tels actes adoptait très souvent une attitude de déni ou de banalisation fondée sur l'idée que la relation a été voulue et recherchée par l'enfant lui-même⁶³⁶.

472. **Elle n'est cependant suffisante qu'à la condition de considérer que la personne de plus de quinze ans, qui vit une relation incestueuse avec l'un des membres de sa famille, est, elle, radicalement libre d'y consentir.** Examinons donc si cette situation peut-être autre chose qu'un cas d'école. L'inceste est généralement le fruit d'un processus,

⁶³⁶ Ibid. « Indépendamment du degré d'implication (active ou passive), de participation (ludique ou sexuelle), d'engagement affectif et d'enthousiasme éventuel, l'enfant est, à des degrés divers, victimisé et n'a pas initié, malgré toute apparence, l'activité sexuelle. », p.117. L'auteur de cet ouvrage, dont la portée est psychologique avant tout, mais secondairement criminologique, note que la situation dangereuse trouve son origine dans une dissonance dans le langage de l'adulte et de l'enfant. En cela il suit Sandor FERENCZI, qui avait, en 1933 déjà, écrit un article intitulé « La confusion de langues entre les adultes et l'enfant. Le langage de la tendresse et de la passion ». Il y exposait notamment l'idée que « les séductions incestueuses existent tant chez l'enfant que chez l'adulte, mais chez l'enfant, il s'agit plutôt d'une forme érotique du jeu qui éveille les désirs sexuels de l'adulte. Cette confrontation de deux désirs incompatibles et de valeur différente conduit à la réalisation de l'abus sexuel », synthétisé par Yves-Hiram L. HAËSEVOETS, ibid. p. 130.

lequel est profondément marqué par l'emprise de l'un des partenaires de ce couple. C'est du moins ce que révèlent pratiquement unanimement les travaux psychologiques, qui montrent que l'emprise sur le corps n'est que le résultat d'une emprise d'abord narcissique⁶³⁷. La structure même de l'inceste se construit donc à partir d'une relation de pouvoir, inégalitaire, entre ses protagonistes. Il est vrai que cette structure apparaît de façon plus nette lorsque l'inceste visé est celui qui confond les générations en faisant de la fille la femme de son père, ou du fils l'amant de sa mère⁶³⁸, et que l'emprise de l'un sur l'autre est peut-être moins flagrante lorsque l'inceste est commis par deux collatéraux.

Néanmoins, même si le cas de l'inceste entre frère et sœur majeurs et consentants est réservé, pour l'heure, le point de savoir si cette emprise, décrite dans la littérature psychologique, n'est pas nécessairement une violence lorsqu'elle lie des ascendants à leurs descendants, doit être examiné.

473. La réduction de la violence à la contrainte trouve peut-être ses limites dans la situation incestueuse. Plus exactement, si le postulat sur lequel fonctionne la répression actuelle de l'inceste est bien celui qui l'enchaîne à l'idée d'une contrainte qui soit exercée sur la victime, cela suppose que soit établie clairement en amont la possibilité pour elle de consentir à l'acte ou de le refuser. Or, justement l'inceste correspond à une confusion des personnes et des personnages, telle, qu'il n'existerait pas, si la limite entre ce qui peut être accepté et ce qui ne peut pas l'être existait bien, dans cette famille.

C'est ainsi que la jurisprudence se trouve marquée très profondément de cette difficulté à appliquer aux situations d'inceste le cadre juridique dans lequel il faut pourtant contraindre les faits pour les partager entre les volontaires et les involontaires.

⁶³⁷ Paul-Claude RACAMIER, *L'inceste et l'incestuel*, Dunod, Paris, 2010 [1995], 174 p. « (...) entre l'incesteur et l'incesté la relation n'est pas à parité : elle est dissymétrique, en ce que les partenaires ne disposent pas initialement du même potentiel d'initiative et de maturité. », p. 38. D'où l'idée que « Les incestes sont des affaires narcissiques avant que d'être des affaires sexuelles. Tout inceste est une emprise, et cette emprise est fondamentalement narcissique », p. 36. Les revues juridiques n'ont pas non plus ignoré cette spécificité de l'inceste ; ainsi Liliane DALIGAND a-t-elle écrit dans un numéro spécial des Petites Affiches : « La position incestueuse est toujours verrouillée quels qu'en soient les situations et les acteurs sous le poids du secret (...). Ce secret lourd comme la mort l'enfant dans le piège de la confusion avec son agresseur (...). Il est contaminé par le silence tenu en cette sorte de complicité », in « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *L.P.A.*, 3 mai 1995, p. 56.

⁶³⁸ Comme pour l'ensemble des violences familiales, c'est l'homme qui est le plus souvent le parent abuseur, mais il est impossible pour autant de négliger les cas où la femme commet l'inceste. Hors de la mythologie qui comporte autant d'exemple d'incestes commis par des hommes que d'incestes commis par des femmes (voir Périandre, qui fût trompé par sa mère, ou bien à Cinyras, enivré par sa fille Myrrha), où d'ailleurs l'homme n'est que la victime d'un quiproquo, quant il n'est pas clairement la victime d'un stratagème, les incestes commis par les mères, les filles, ou les sœurs sont les moins fréquents, mais ils sont peut-être symboliques d'une violence plus commune relevant d'un « climat incestuel », pour reprendre la terminologie de RACAMIER.

474. D'un autre côté pourtant, **il est impossible de ne pas voir très rapidement ce qu'il pourrait il y avoir d'intenable en droit à considérer que l'inceste serait caractérisé en dehors de toute manifestations de désaccord à la relation**, surtout dans une étude qui ne viserait pas seulement les relations incestueuses imposées à un mineur par un majeur. Tout repose en fait sur le syllogisme suivant : l'inceste est une circonstance aggravante du viol qui se caractérise par la contrainte exercée par l'agresseur sur l'agressé.

Or, la contrainte ne peut qu'accompagner un inceste dont on vient de remarquer qu'il rendait le refus, autant que l'acceptation, impossibles. Donc, l'inceste ne peut qu'être un viol. La conclusion de ce syllogisme ne peut manquer de heurter puisqu'alors la loi pénale s'appliquerait même à l'inceste liant deux adultes, tous deux également acteurs apparents de cette relation. Et il faudrait encore ajouter que l'adjonction systématique de la notion de viol à celle d'inceste, en ne faisant plus reposer la criminalisation de l'inceste sur la distinction du voulu et du subi, rendrait fort délicate la désignation d'un coupable et d'une victime dans le cas qui vient d'être exposé.

II. ILLUSTRATION JURISPRUDENTIELLE DE LA VIOLENCE

INCESTUEUSE COMME DEREGLEMENT DE L'AFFECT

475. **Un arrêt relativement récent** et médiatiquement remarqué⁶³⁹, **illustre ce propos**. La Cour d'Assises de la Somme statuant en appel a en effet eu à sanctionner un père incestueux, qui avait la particularité d'être soutenu par ses deux filles incestées, parties civiles⁶⁴⁰. Les relations incestueuses ont commencé, pour chacune des deux filles, avant leurs quinze ans, et se poursuivent, pour la plus âgée d'entre elles, aujourd'hui encore. Cette dernière a déclaré vivre en couple avec son père, dont elle a d'ailleurs eu un enfant, âgé de dix

⁶³⁹ On doit s'étonner de ce que ce type de jurisprudence « sensationnelle » soit abandonnée aux médias, sans que la science du juriste ne s'en empare à aucun moment, comme si l'émoi provoqué par telle décision la rendait de facto perdue pour le raisonnement lucide et argumenté du commentateur. Les thématiques les plus scandaleuses en droit de la famille sont certes souvent des problèmes marginaux, qui ne sont guère aptes à servir les grands courants doctrinaux du droit privé ou pénal. Pour autant, leur analyse, nous le croyons, peuvent nourrir la recherche. C'est d'ailleurs pourquoi nous nous permettons, au fil de cette thèse, de passer de longues pages sur des décisions qui n'ont souvent été nulles part commentées.

⁶⁴⁰ Assises. de la Somme, 16 novembre 2012, n°parquet 02001385.

ans au jour du procès. Il est important d'indiquer que les deux victimes ont reconnues qu'il y avait eu d'abord contrainte, puis, qu'avec le temps, elles étaient « tombées amoureuses de leur père ». Il y a bien une absence de consentement à l'origine de la relation, aggravée par la minorité sexuelle des deux jeunes femmes. Le rôle de leur mère doit également être relevé, puisqu'elle a joué un rôle actif dans la mise en place de cette situation, et puisque, étrangement peut-être, les deux victimes qui soutiennent leur « père-amant », accusent en revanche largement leur « mère-rivale(?) ».

476. Cette affaire est exemplaire à plus d'un titre, car, outre l'implication importante de la mère des deux jeunes filles dans la situation incestueuse, qui est une composante toujours présente, **celles qui sont les victimes, ne se veulent pas telles.** Ici, l'idéaltype de l'inceste se trouve apparemment loin, mais la façon dont elles ont affiché leur soutien, et leur *amour*, pour le père qui abusait d'elles, est bien édifiante de la difficulté qu'il y a alors à sanctionner par une peine pénale un tabou fondateur, lorsqu'il ne semble faire aucune victime. L'élément affectif interroge non seulement le sens de la peine, ou du moins, il est utilisé ainsi par l'avocat de la partie civile⁶⁴¹, mais encore la possibilité de la violence acceptée par la victime.

Les juges d'Assises ont finalement condamnés le père à cinq années d'emprisonnement, dont trois avec sursis, et la mère à quatre années d'emprisonnement dont deux avec sursis⁶⁴². Le couple ayant passé, au jour de l'arrêt, deux ans en prison, la décision rendue revenait à les laisser quitter libres le tribunal. Comment comprendre une telle sanction si ce n'est pas référence à la particularité, mal comprise, du rôle de l'élément affectif ? Il est évident que si les deux jeunes filles qui avaient subis les désirs de leur père, -et surtout l'aînée, avec laquelle il s'était installé en concubinage, l'avaient accusé au lieu de le défendre, les peines prononcées à son endroit auraient pu être plus lourdes.

477. Que cette défense se soit organisée autour de l'amour qu'elles portaient à leur père, cela a de quoi susciter l'étonnement. Car, d'abord, il a été en maintes occasions déjà relevé que l'élément affectif était traditionnellement plutôt employé pour dénoncer une

⁶⁴¹ Me Dupond-Moretti, qui a construit sa plaidoirie sur cette idée qu'il n'est pas du rôle du droit pénal de s'occuper de la morale...

⁶⁴² Un suivi socio-judiciaire a été également été ordonné, avec injonction de soins. Ces mesures sont peut-être destinées à permettre au moins une surveillance et une protection de l'enfant du couple incestueux, ainsi que de la dernière fille du couple, trop jeune encore pour avoir été directement victime de l'inceste, mais déjà victime du contexte familial dans lequel elle aura grandi, et qui aura été imposé au regard.

absence de volonté réelle d'agir ou de s'abstenir, comme si l'affection nuisait à la raison et à ses œuvres, alors qu'il est ici comme une démonstration ultime du consentement de deux filles à leur inceste.

Mais l'étonnement est ensuite de mise également, lorsque les avocats du père et de ses filles réussissent le tour de force de faire apparaître l'amour qui les unit, comme une histoire exceptionnelle, brouillant ainsi eux-mêmes les évidences concrètes les plus limpides. Aurait-on oublié qu'en général⁶⁴³, les enfants aiment effectivement leurs parents ?

Là ne pouvait pas être la question autour de laquelle devait s'articuler les responsabilités de ces parents incestueux. Ce n'est pas ainsi l'affection que les enfants portaient à leur père qui était extraordinaire, mais la façon dont les canaux de cette affection avaient été ici dévoyés. En lieu et place de la tendresse dont il aurait dû les entourer, le père a imposé à ses filles des relations d'une autre nature, que l'on ne peut ni ne doit, en fait, concevoir autrement que sur le mode de la violence.

Si les liens de tendresse pourraient se définir comme étant ceux qui se tissent sur le mode d'une certaine forme de symétrie du rapport, dans laquelle chacun peut répondre à l'autre, à qui il fait face, la relation incestueuse ne peut qu'être violente car elle est profondément dissymétrique, et remplace par la force le lien par une « ligature »⁶⁴⁴. Ce n'est ainsi pas le consentement, dont il faudrait à nouveau rappeler qu'il ne peut dans ce cas ni être, ni ne pas être⁶⁴⁵, qui signe l'inceste par son absence. Qu'importe que la victime, aussi bien, soit mineure ou non, et qu'elle semble subir ou choisir cette relation ; l'inceste n'est pratiquement pas défini par ces éléments, qui sont pourtant les instruments par lesquels on le saisit juridiquement.

⁶⁴³ A force de vouloir repousser ce qu'il a fini par considérer comme des « niaiseries », le droit en est venu à ne plus voir que les enfants qui ne manifestent quelque attention à leurs parents lorsque l'héritage est en jeu. C'est nier, sans prendre la peine même d'en débattre, ce que démontrent toutes les études psychologiques, ethnologiques et sociales, où les enfants, même maltraités, *aiment* leurs parents. Les accidents et les difficultés de cet amour ne l'empêchent pas d'exister, et ce n'est pas niaiserie uniquement que de le dire. Il ne s'agit pas de supposer que la famille est « un long fleuve tranquille », charriant l'amour et le bonheur en alluvions, loin s'en faut ! Il ne s'agit de rien d'autre que de tirer les conséquences juridiques d'éléments déjà connus de toutes les autres sciences humaines : c'est un fait, les enfants sont affectivement liés à leurs aînés, quelques soient les défaillances et les violences de ces derniers. De là les conflits de loyauté souvent mis en lumière, lorsque les enfants sont retirés à leur famille pour être placés en institution ou bien dans des familles d'accueil.

⁶⁴⁴ Cf. Paul-Claude RACAMIER, op. cit. « *La substitution des liens par les ligatures traduit la dégradation d'une économie de liaison en une économie de contrainte* », (sic.) p. 127.

⁶⁴⁵ Yves-Hiram L. HAESEVOETS, op. cit. En parlant du parent incestueux, « (...) le pervers ne laisse à l'autre aucune initiative, aucun droit de refuser, aucune liberté de consentir, aucune alternative, ni même échappatoire. L'autre [c'est bien de l'enfant qu'il est question ici, mais cet enfant, entendons le, n'est pas obligatoirement mineur] est rabaissé au rang d'objet et forcé dans sa réalité à jouer un scénario entièrement imposé. Le pervers triomphe ainsi sur les limites produites par la loi des autres et l'ordre social ; (...) », p. 167. Ceci n'est pas sans rappeler la définition donnée par Fichte de la violence.

478. Pourtant, il faut bien que les outils de mesure dont on dispose puissent servir le travail du législateur et du juge quand l'affect est invoqué pour marquer les barrières d'une forme de liberté sexuelle et familiale. Car enfin, il serait abusif de considérer que la relation incestueuse qu'auront entretenue deux majeurs, sans qu'aucun d'eux ne s'estime victime d'un viol, devrait les conduire à assumer les sanctions pénales de ce crime, avec l'aggravation de l'inceste. D'autant qu'il serait, dans une telle hypothèse, bien hasardeux de déterminer qui est le coupable et qui est la victime.

C'est bien à l'exigence d'un nouveau critère que ce raisonnement aboutit, puisqu'il faudrait à la fois ne plus ignorer la spécificité de l'inceste, -qui peut s'exprimer aussi bien par le biais d'un texte spécial que par la voie de la circonstance aggravante, et qui n'implique donc pas en lui-même une réforme législative, et respecter les principes de nécessité et de clarté de la loi pénale⁶⁴⁶.

479. La violence incestueuse ne peut donc être saisie à partir des cadres habituels de délimitation de la violence auxquels sont attachés actuellement ces faits. A cause de l'affection qu'elle détourne, la violence incestueuse n'est pas voulue, non parce qu'il y a refus net, ou absence de consentement, mais parce que les conditions de possibilité même de la naissance d'une volonté quelconque sont annihilées. La contrainte existe nécessairement dans l'inceste, même quand la victime semble avoir consenti. Si cette hypothèse est validée en fait, elle ne suffit pour autant pas, loin s'en faut, à légitimer une intervention juridique systématique, dès l'instant que l'inceste recouvre une grande variété de situations, dont il faudra encore discuter⁶⁴⁷, qui vont de la relation entre ascendants et descendants à la relation entre alliés dont la différence d'âge ou l'autorité de l'un sur l'autre peuvent être minimes.

Les voies déjà existantes du droit perçoivent, cela a été dit, l'inceste au travers de la notion de violence sexuelle uniquement. Mais il apparaît que si la contrainte est un élément constitutif de l'inceste, elle ne peut plus alors servir de critère de distinction des cas d'inceste qui doivent effectivement être punis pénalement et des cas qui pourraient demeurer hors de portée de la sanction étatique.

⁶⁴⁶ Ce sont bien ces deux critères qui avaient surtout fondé les critiques les plus vives qui avaient été formulées à l'encontre de la loi visant à inscrire l'inceste dans le Code pénal. Quelle nécessité pouvait exister qui puisse justifier la création d'articles dédiés à l'inceste, alors qu'aucune sanction spécifique n'était prévue pour accompagner ce « nouveau » crime, et alors que la considération des liens de famille comme une circonstance aggravante permettait déjà de sanctionner les relations incestueuses lorsqu'elles étaient le fruit d'un viol ? Quant à la légalité des délits et des peines, il faut encore une fois rappeler que la rédaction du texte était très manifestement attentatoire à ce principe.

⁶⁴⁷ Cf. *infra* p. 311.

480. Il est clair pourtant que la condamnation de la relation incestueuse a besoin d'une matérialisation de la violence pour appliquer sa sanction. Il est en revanche moins évident, notamment depuis que les harcèlements peuvent être moraux, et les violences psychologiques, que l'inceste ne soit perçu que dans l'actualisation d'une relation charnelle. L'élément matériel de l'infraction serait ainsi la violence morale, qui pourrait se trouver aggravée par le fait qu'elle ait été commise par un ascendant ou un descendants, ou même par tout consanguin. La répression de l'inceste ne nécessiterait donc aucune modification des textes, puisque les violences psychologiques sont déjà assorties de circonstances aggravantes liées aux liens familiaux unissant victime et coupable. Il serait suffisant d'admettre que l'inceste puisse exister sur ce plan⁶⁴⁸.

Il ne s'agit pas d'aller jusqu'à faire entrer dans la sphère juridique toutes les formes de la famille « incestuelle »⁶⁴⁹, pour reprendre un vocable de la psychologie, et qui désigne une situation dans laquelle l'inceste est approché, sans que soit nécessairement franchies les limites physiques de ce qui le caractérise ordinairement. Mais il s'agit certainement de dire que l'inceste est effectivement une situation complexe qui n'est jamais uniquement sexuelle.

Ainsi, même si aujourd'hui le moment de la violence sexuelle est celui qui marque concrètement l'acte, on ne peut l'aborder que sous cet angle, puisqu'il relève d'une relation de violence antérieure, morale. Les cadres actuels de notre système répressif étant déjà armés pour la prise en considération de cette forme particulière d'agression, aucune raison ne semble s'opposer à ce que l'inceste soit perçu aussi bien à travers elle, qu'à travers la violence physique.

481. Mais encore, tous ces éléments ne pourraient-ils que résoudre une partie du problème de fond que soulève l'inceste. Car en effet, même en sachant de quelle façon le regarder et le comprendre, il se trouve des objections à ce que des conséquences en soient

⁶⁴⁸ Quant au domaine civil, on doit signaler ici la reconnaissance d'un « préjudice exceptionnel d'acte intrafamilial », qui s'il est encore assez mal ou irrégulièrement indemnisé, a été reconnu essentiellement dans des affaires d'inceste. Ce préjudice se définit, selon la nomenclature Dinthillac, comme un préjudice extrapatrimonial permanent né d'une situation familiale exceptionnelle. Cf. sur la définition de ce préjudice permanent exceptionnel : Civ. 2^{ème}, 16 janvier 2014, n°13-10566. Pour l'application de ce préjudice à l'inceste, cf. Douai, ch.3, 25 mars 2010, n°09/03180, FGTI c/ Mlle D. La victime a été indemnisée à hauteur de 5000 euros sur ce chef.

⁶⁴⁹ Ce néologisme est employé par RACAMIER, dont l'ouvrage a déjà été cité dans ces pages sur *L'inceste et l'incestuel*.

tirées en droit pénal. C'est ainsi le sens de cette intervention pénale dans une affaire de famille, parfaitement typique, qui est lui-même soumis à la critique.

Paragraphe 2. Le sens de la sanction pénale de la violence incestueuse

482. Bien que le sens de la violence dont il s'agit dans un donné familial concret et complexe se trouve maintenant éclairé, **il est impossible encore d'en tirer la conséquence directe de la nécessité de la sanction pénale appliquée à tous les cas d'inceste.** En effet, la définition proposée de la violence incestueuse soulève quelques difficultés, à laquelle la responsabilité doit faire face pour être engagée efficacement.

Elles sont d'abord relatives au statut de la victime elle-même⁶⁵⁰ (I), ensuite liées à la diversité des situations concrètes d'inceste (II), qui ne mettent pas toutes en présence des personnes dont on peut dire la force ou la faiblesse *a priori*, et enfin liées aux impératifs auxquels le droit pénal doit répondre, puisque la question de sa valeur morale est âprement discutée. Ce dernier point, comme aboutissement de ceux qui le précèdent, montre bien que l'affect se trouve dévoyé, et que de là la dissolution de la perception de l'inceste en droit pénal se trouve troublée (III).

I. LA FONCTION AMBIVALENTE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE A L'EGARD DE LA VICTIME D'INCESTE.

483. Si le droit de la responsabilité se trouve marqué d'une certaine ambiguïté en présence de l'inceste, c'est parce qu'il est peut-être, plus ici qu'ailleurs, en proie à une interrogation relative au sens de la valeur qu'il pose en condamnant un auteur et en situant par

⁶⁵⁰ Avant même que soit ainsi interrogée la pertinence d'une intervention du droit dans ce « secret » familial, qui ne serait pas illicite lorsqu'il existerait entre majeurs consentants, ce qui n'est de toute manière pas admis ici, compte tenu de la définition de l'inceste à laquelle conduisent les analyses menées, il apparaît bien que c'est la question de la place de la victime qui pose la plus évidente difficultés.

là même une victime. Telle paraît même être en vérité la première des difficultés à laquelle une intervention pénale en la matière doit se confronter. La victime de l'inceste étant déjà psychologiquement celle qui n'a pu parler⁶⁵¹, sa parole en droit est délicate à entendre, en plus d'être difficile à recueillir.

En effet, sans exagérer le rôle de réhabilitation de la victime que possède le droit pénal, il a tout de même à en assumer au moins les prémices (A). En outre, la place du groupe familial face à cette victime intervient également comme un élément de perturbation du rôle de la responsabilité pénale (B).

A. Positionnement du problème : l'impossible réparation de l'inceste

484. Quant à la victime d'abord, la solution à laquelle il a fallu aboutir revient à affirmer que, quoiqu'elle prétende, elle ne peut avoir consenti à l'inceste. Mais alors la violence qui lui serait ainsi faite n'est-elle pas plus lourde encore que celle que lui imposait son ascendant ou son collatéral ?

Sous un angle psychologique, la victime d'inceste est déjà parfois présentée comme l'archétype de « l'infans », qui ne parle pas⁶⁵². Si la révélation du secret incestueux conduit à une action au cours de laquelle l'impossibilité de la parole est de nouveau actualisée, non plus seulement dans le creuset de l'intimité familiale, mais encore sous l'œil « public » de la Justice⁶⁵³, alors la victime de l'inceste n'aurait plus aucun moyen d'accéder à une « réparation » quelconque⁶⁵⁴, condamnée, même lorsqu'elle est désignée comme victime de ce qu'elle a subi, à ne jamais pouvoir donner à sa voix le pouvoir de correspondre à un vécu qui est le sien.

⁶⁵¹ Cf. RACAMIER, op. cit.

⁶⁵² Cf. Yves-Hiram L. HAESEVOETS, op. cit. Et plus particulièrement lorsqu'il pose que: « Le trauma [incestueux] est l'équivalent d'une noyade: l'enfant ne peut développer des investissements sur d'autres objets d'amour que ceux qui lui sont imposés à l'intérieur de sa famille. Il n'est pas entendu pour lui-même. Il est confiné dans sa position d'*infans*, « celui qui ne parle pas », qui ne peut respirer que l'oxygène vicié de son milieu », p. 130.

⁶⁵³ Le fait que cet œil soit « aveugle », comme le veut l'allégorie, rendrait dans ce cas son jugement plus terrible encore, car si la déconnection, que sa famille impose à la victime, entre son vécu et sa parole, entre ses liens d'affection et ses souffrances, entre sa personne et sa dignité enfin pourrait être par elle expliquée par le fonctionnement du groupe auquel elle est soumise, on voit mal comment elle pourrait concevoir et s'expliquer les raisons d'une telle division de sa personne par une instance « neutre ».

⁶⁵⁴ Nous n'entendons pas ici la réparation comme un résultat de la responsabilité civile stricto sensu. Il s'agirait d'une forme plus large de réparation, que l'on attribue d'ailleurs assez fréquemment à l'intervention du juge lorsqu'il replace, par son jugement, la victime dans sa position, à laquelle il désigne un coupable.

485. Une telle issue, possible dès lors que l'on en viendrait à admettre la définition de l'inceste, qui apparaissait plus haut comme la seule qui puisse être valide, **soulève un questionnement peut-être plus général**, mais en tout cas commun aux processus d'engagement de la responsabilité dans la famille : **l'objectif du droit dans ces cas est-il de permettre, par ses moyens, une réhabilitation de la victime**, en sus d'une punition ou d'une réparation qui sont les visées plus traditionnelles de la responsabilité ?

A cette première question, nulle réponse ne peut être trouvée sans s'interroger en amont sur la valeur de la condamnation de l'inceste.

En effet, c'est bien en dernier ressort de cela qu'il s'agit, puisque si l'inceste, ne doit être prohibé qu'au nom d'un tabou social, il suffit déjà qu'il en désigne l'auteur comme coupable. Le tabou est dans cette hypothèse déjà préservé, et le problème de la définition de l'infraction se greffe ensuite, de façon finalement secondaire, sur l'acquis de la nécessité sociale de son interdiction⁶⁵⁵.

B. L'inceste comme atteinte à une personne avant d'être une atteinte au groupe familial

486. Mais si, au contraire, l'inceste est réprimé parce qu'il porte d'abord atteinte à une personne, au lieu d'être perçu comme une atteinte au groupe familial et plus largement social, **alors la définition que l'on en doit donner détermine la reconnaissance du crime en même temps que le sens de la peine qui lui appliquée**. Très concrètement, cette seconde hypothèse ouvre sur une alternative :

Soit l'inceste est, comme aujourd'hui, une circonstance aggravante de la violence sexuelle⁶⁵⁶, dont la définition permet d'exclure du rang des victimes ceux et celles qui, majeurs, auraient voulu l'actualisation d'une telle situation, et alors la peine ne s'attache pas spécifiquement à l'inceste, et permet peut-être à chacun de ses acteurs d'être potentiellement regardé comme égale en force et en autonomie à l'autre. Cela suppose donc que l'incesté ait effectivement une capacité à consentir à son sort.

Soit l'inceste est bien un crime familial à part entière, qui ne peut jamais être commis sans que la violence de l'un s'exerce *contre* l'autre, et alors la peine (re-)devient une sanction du

⁶⁵⁵ L'on doit discuter de la capacité pour le droit pénal d'endosser un tel rôle moral. Cf. *infra*.

⁶⁵⁶ Pour rappel, on peut renvoyer aux articles 227-26 et 227-27 du Code pénal,

comportement incestueux en lui-même⁶⁵⁷, qui pourrait conduire à l'enfermement dans la parole inefficace de celui qui voudrait ne pas être une victime, mais qui perçoit dans son histoire son rôle comme un rôle actif, quels qu'en soient les mobiles.

Puisque ces deux options sont incompatibles, un dilemme s'impose à la réflexion du chercheur en droit, qui doit déterminer si, dans ce cas, il est plus approprié de continuer à considérer qu'il existe des incestes sans victime(s), et que chacun est libre d'accepter une telle relation pour lui-même s'il est majeur ; ou bien si, au contraire, il est plus légitime de constater qu'il ne saurait il y avoir inceste sans violence et que le consentement n'y peut pas même être questionné, et qu'alors personne n'est libre de l'accepter, ni d'ailleurs de le refuser. L'alternative débouche sur des interrogations qui dépassent en fait le strict cadre de l'inceste, et qui sont typiques des difficultés que peut rencontrer aujourd'hui le droit de la responsabilité, lorsqu'il s'applique à des situations dans lesquelles les victimes apparentes semblent consentir à leur sort. C'est le statut de la victime qui, d'une manière ou d'une autre, *aime* son tortionnaire qui doit être discuté.

487. L'affection que porte une victime à celui qui commet l'inceste contre elle perturbe l'engagement d'une responsabilité, parce qu'elle est comprise comme justifiant d'une certaine manière la volonté qu'elle aurait exercée en se soumettant à sa situation. Et il est vrai qu'en commençant cette étude, il a été aussi bien démontré qu'il n'était pas pertinent d'opposer affect et volonté, ni moins encore affect et liberté⁶⁵⁸. Comment se fait-il, dès lors, que l'étude de l'inceste soit en passe de mettre à mal les fondements sur lesquels le raisonnement se construit, puisque la définition qui a été adoptée exclue la possibilité pour l'affect ici de corroborer une volonté ?

L'affect dont il s'agit lorsque, dans l'inceste les protagonistes se disent « amoureux », doit être regardé comme un affect dont l'objet est dévoyé. Plus précisément, l'hypothèse selon laquelle les membres d'une même famille ont en partage un vécu affectif particulier, pour lequel il ne s'agit pas de préjuger de sa qualité⁶⁵⁹, engage à considérer que le lien affectif qui les unit, même en dehors des tensions qui peuvent exister entre eux, n'est pas en principe tourné vers le partage d'une relation physique.

⁶⁵⁷ Voir Delors GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *in R.S.C.*, Juillet/septembre 2010, p. 599 à 611.

⁶⁵⁸ Cf. *supra*. p. 61.

⁶⁵⁹ La question n'est ainsi absolument pas de savoir si les relations familiales sont apaisées ou conflictuelles, mais simplement de reconnaître que ce vécu affectif est actuel.

Si finalement ainsi un lien entre l'élément affectif et la responsabilité avait été perçu d'abord, comme si l'un pouvait expliquer l'autre, il ne s'agit pas ici de le démentir en remarquant que l'affect dévoyé conduit à une responsabilité plus trouble, parce qu'il la perturbe et la brouille en fragilisant ses fondements.

488. C'est bien l'expression du caractère autonome de l'affection qui semble s'affirmer dans cette situation. L'élément affectif est entendu, mais parfois par ceux qui l'éprouvent eux-mêmes, comme justifiant la volonté. Il y a pourtant un pas de l'existence d'une tendresse particulière entre les membres d'une même famille à la conséquence que l'on croit pouvoir en tirer du consentement donné à chacun pour les actions de tous. Ce pas ne paraît pas devoir être franchi. Il y a peut-être ici davantage une habitude de regarder la victime qui aime le criminel comme consentant *forcément* aux manifestations physiques, même objectivement violentes, de son crime, qu'une réflexion véritable sur ce phénomène. Un peu à la façon dont il fallait distinguer, en étudiant la potentielle responsabilité du membre de la famille qui surprend l'inceste sans l'interrompre, l'inaction et le non-jugement dans les rapports qui unissaient chacun de ces termes à l'affect, il est cette fois-ci nécessaire de distinguer l'affect, qui dans son autonomie face au droit de la responsabilité donne sans compter à l'autre, d'un consentement dont il serait possible de tenir compte juridiquement, et qui reviendrait à accepter *a priori* tous les comportements de ceux que l'on aime à notre égard. La confusion ici opérée est lourde, puisqu'elle revient en fait à mêler deux ordres, qui, s'ils communiquent, ne peuvent en aucun cas se superposer. Ainsi, lorsque la victime d'un inceste dit son amour pour celui qui en est l'auteur, rien ne permet d'en déduire automatiquement qu'elle a donc consenti à l'acte incestueux.

Ce point est tout à fait crucial, parce qu'il est celui par lequel il sera peut-être possible de reconquérir une parole effective de la victime. La définition de l'inceste proposée plus haut, et qui rend caduque les hypothèses dans lesquelles l'incesté pourrait consentir à son inceste, pourrait bien ainsi ne plus rejeter le sens de ses mots. Il suffit d'affirmer que la victime qui aime celui qui commet sur elle un inceste n'a pas pour autant accepté cet inceste. *La victime peut donc valablement faire entendre son amour pour le coupable, et elle peut être entendue en cela, mais cela ne devrait pas en droit abolir la responsabilité que l'on attachait à ce crime.*

489. Reste que, pour répondre à la question par laquelle s'est ouverte cette réflexion sur le statut de la victime, **il convient d'indiquer encore que ces remarques ne sont utiles qu'autant qu'on reconnaisse au droit pénal la fonction de permettre une « reconstruction » de la victime.** Si en effet, il est admis que le droit pénal ne se préoccupe que de la sanction qu'il faut appliquer au coupable, il n'est pas nécessaire de rechercher, dans la définition de l'inceste proposée⁶⁶⁰ un moyen de faire advenir la parole de la victime. Dans cette optique, il serait bien suffisant de dire que celui qui commet un inceste sera toujours condamné.

Or, il est un postulat qui n'est pas encore passé sur la table d'examen : tout ce qui précède suppose que la discrimination de la victime et du coupable soit évidente. Il n'en va pourtant pas toujours ainsi.

II. DE L'INCESTE AUX INCESTES : QUALIFICATION JURIDIQUE ABSTRAITE ET SITUATIONS INCESTUEUSES

490. Même si certains des problèmes qui se dressent sur le chemin de la reconnaissance d'une violence incestueuse particulière, et qui sont intrinsèquement liés à l'inceste même, ont été résolus, **il faudrait encore pouvoir passer outre ceux qui sont relatifs à la diversité des situations incestueuses.**

Car, l'inceste d'un parent sur son enfant ne comporte peut-être pas la même violence que celui d'un frère et d'une sœur, ou encore que celui qui existe entre deux parents par alliance seulement.

Il faudrait en outre ajouter que l'inceste entre deux mineurs ou deux majeurs et celui qui aurait lieu entre un majeur et un mineur ne peuvent évidemment avoir la même signification. Car la définition posée plus haut de la violence incestueuse suppose qu'une victime soit identifiable relativement nettement. Or, la diversité des situations concrètes semble montrer que dans tous les cas où deux mineurs ou deux majeurs commettent un

⁶⁶⁰ Pour rappel, l'inceste a été donné pour une violence, qui ne se caractériserait pas, comme ailleurs, par l'imposition d'un fait auquel la victime n'a pas consenti, mais bien plutôt par une impossibilité radicale de consentir ou de ne pas consentir à ce fait. Tout se passerait comme si l'incesté était finalement toujours incapable de consentir.

inceste, il n'est pas toujours possible de discriminer si évidemment la victime du coupable. Ainsi, des exemples d'enfants majeurs abusant l'un de leur parent, bien que rares, sont connus⁶⁶¹, et leur existence suffit peut-être à remettre en cause l'idée qu'il puisse il y avoir une emprise systématique du plus âgé sur le plus jeune.

491. Si donc l'inceste doit être généralement décrit comme privant la victime d'une possibilité d'accepter ou de refuser la relation qu'un membre de la famille lui impose, il apparaîtrait qu'une multitude de situations ne pourraient plus lui correspondre. **La seule situation qui puisse être sans défaillance en relever est celle qui met en présence un ascendant majeur et un descendant mineur**, que le lien d'ascendance soit ici en ligne directe ou non. Cette situation, comme archétype de l'inceste pour lequel l'action est admise généralement sans difficultés, sera pour l'heure laissée de côté. Le regard doit s'attarder sur les cas d'inceste moins « évidents », afin de chercher à déterminer s'il peut exister un critère univoque de l'inceste auquel rattacher une responsabilité.

492. Hormis donc le cas le l'inceste commis dans une relation asymétrique entre consanguins, rien ne permet clairement, ni n'interdit à priori, de qualifier d'inceste la relation entre des personnes qui appartiennent à la même famille mais qui ne sont pas consanguins, ou bien la relation de deux majeurs ou de deux mineurs.

Il faut donc déterminer ici si l'inceste peut exister en dehors de toute consanguinité (A), ou en dehors de tout rapport d'autorité entre ascendants et descendants (B).

A. L'existence de l'inceste sans consanguinité en question

493. Deux figures se présentent, qui sont également significatives de difficultés actuelles du droit face à la détermination d'un inceste. Il s'agit d'abord de celui qui serait commis entre alliés (1), et ensuite de celui qui serait commis dans le cadre d'une relation de « parentalité » (2).

⁶⁶¹ Il semblerait que ces cas soient la plupart du temps le fait de fils schizophrènes sur leur mère. Le lien entre cette maladie et cette forme particulière d'inceste, qui d'ailleurs conduirait aussi au matricide, a notamment été signalé par Michel BENEZECH, Heures Médico-légales, Recueil de textes divers, Bordeaux, édition privée, Novembre 2000, p. 303

1. *L'inceste entre alliés*

494. Quant à la relation qui existerait entre deux personnes assimilés à des collatéraux mais non consanguins, c'est-à-dire celle qui existerait par exemple entre deux enfants élevés dans une même famille recomposée, sans qu'aucun de leurs parents ne leur soient communs, il n'existe d'abord pas d'empêchement à mariage entre eux *a priori*. Cela signifie qu'au plan civil, cette relation là ne serait tout simplement pas de nature incestueuse.

Au plan pénal, les circonstances aggravantes de la violence sexuelle peuvent être réunies lorsqu'une personne exerce sur l'autre une « autorité de droit ou de fait »⁶⁶². Si cette autorité de fait n'exclut pas en principe un membre de la famille recomposée sans liens consanguins avec un autre, elle semble rejeter en revanche la possibilité de retenir une telle circonstance aggravante lorsque les non-consanguins sont des collatéraux⁶⁶³. L'inceste ne semble donc pas exister en une telle circonstance, et le fait que la définition qui était proposée plus haut de la violence incestueuse ne puisse apparemment pas s'y accorder, puisque la dissymétrie du rapport n'est pas ici attachée à la position même qu'en occupent les protagonistes dans la famille, prouverait une concordance de principe entre l'actuel traitement pratique de l'inceste et son contenu tel qu'il a été induit par son examen critique.

495. Il est cependant peut-être utile de se demander si la qualification de l'inceste ne pourrait pas ressurgir dès l'instant qu'une violence « classique » aurait été dévoilée dans ce rapport entre membre d'une famille recomposée quasiment collatéraux, et qu'une victime dénonce, en se positionnant alors bien comme victime précisément. En effet, la définition de l'inceste à laquelle semble aboutir une étude approfondie des conditions dans lesquelles l'acte incestueux advient, ne fait pas obstacle à ce que lui soit adjointes les

⁶⁶² Article 227-27 du Code pénal.

⁶⁶³ La jurisprudence est ici constante sur le point de la nature de cette autorité de droit ou de fait : elle constitue seulement une circonstance aggravante de la violence, et ne suffit pas à prouver la contrainte. Crim. 21 octobre 1998: *Bull. Crim.*, n° 274; *D.* 1999., 75, note MAYAUD; JCP 1998. II. 10215, note Mayer; *Dr. Pénal*, 1999. Comm. 5, obs. VERON; Crim. 10 mai 2001: *Bull. Crim.* n° 116; *Dr. pénal* 2001. p. 110, obs. VERON; *RSC* 2001, p. 808, obs. MAYAUD. Ce dernier note bien le refus de la Cour de cassation de permettre aux juges du fond de confondre « la structure de l'infraction avec ce qui en est un complément possible, destiné à en aggraver la sanction. Il est bien évident que l'aggravation ne peut que venir se greffer sur le préalable d'une infraction parfaitement constituée, et c'est donc autrement que la contrainte doit être prouvée, sans le recours à ce qui porte la marque de la circonstance aggravante elle-même, sauf à fausser le jeu des données de l'incrimination ».

hypothèses dans lesquelles la contrainte a joué son rôle, face à un consentement qui aura pu être nettement refusé⁶⁶⁴.

L'inceste serait donc parfois caractérisé par l'impossibilité, même pour un majeur, de concevoir la possibilité d'une acceptation ou d'un rejet de la relation incestueuse, du fait de la relation familiale dans laquelle véritablement chacun est pris, et d'autres fois caractérisé par la violence infligée par un membre de sa famille. Le problème de la coexistence de ces deux modalités de l'inceste est réel, puisqu'elles sont théoriquement incompatibles. Il n'est pas concevable d'admettre d'une part que l'inceste interdit dans son principe qu'existent les conditions d'un consentement, et partant, d'une contrainte, s'il est admis d'autre part qu'il est des incestes dans lesquels la contrainte peut non seulement être, mais encore être manifestée. Il est donc primordial d'analyser plus avant la nécessité, ou même l'opportunité de faire de la relation vécue entre membres d'une même famille recomposée un inceste. Immédiatement, l'on ne peut que sentir que l'argument, qui ferait de la fragilisation d'une définition de l'inceste une cause d'exclusion du champ de cette définition de situations sans doute analogues, serait d'un bien faible poids scientifique.

496. L'incompatibilité de ces deux modalités de la violence incestueuse n'est pourtant pas insurmontable, à condition de considérer que la violence qui caractérise l'inceste met en échec la possibilité d'un consentement « pur », ou au moins identifiable sans difficultés, au moment où elle se produit. Le fait que cette violence puisse ensuite marquer durablement un rapport familial n'interdit pas que les protagonistes puissent en prendre, après coup, une conscience plus ou moins nette.

Ainsi, dans le cas de la relation qui aurait été imposée par un membre d'une famille recomposée à un autre, envers lequel il serait comme un collatéral, la violence doit être dénoncée, notamment par la victime, pour être connue. Cette situation se distingue par là de celle dans laquelle deux consanguins, placés dans un rapport dissymétrique, qui n'est pas un rapport d'autorité, ni de droit, ni de fait, vivent un inceste pour lequel la violence peut être connue du seul fait de l'existence de cette dissymétrie.

Cette dernière ne tient pas tant à l'existence d'un lien de droit, puisqu'il est impossible de dire que l'inceste est le crime commis dans la famille légalement définie, dès lors que la famille n'est souvent définie que par la prohibition de l'inceste, ou encore moins à l'existence

⁶⁶⁴ Cf. *supra*. p. 295.

d'un lien d'autorité, dans la mesure où la nature de ce lien se conforme mal aux exigences de la loi pénale.

497. Cette question de l'inceste qui pourrait exister entre les membres d'une famille recomposée éclaire sous un jour particulier la nécessité pour le droit de se pencher sur l'éventuel statut qu'il conviendrait d'accorder aux tiers. L'impossibilité à laquelle s'était heurté le législateur lorsqu'il avait tenté d'inscrire l'inceste dans le Code pénal doit être regardée comme la simple conséquence de la difficulté qu'il y a à définir la famille. Dans la mesure où le seul cercle des consanguins⁶⁶⁵ ne permet plus de rendre un compte exact de l'expérience familiale⁶⁶⁶, et puisque l'inceste, si l'on admet qu'il doive faire l'objet d'une considération juridique spécifique, est le crime familial par essence, les recherches qui sont menées actuellement sur le rôle des tiers dans la famille⁶⁶⁷ ont vocation à être intégrées à nos raisonnements⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Quoique ce cercle déjà puisse être bien plus complexe qu'il n'y paraît quand il s'agit de déterminer le degré de consanguinité à partir duquel le mariage devient absolument prohibé, ou plus encore lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une obligation alimentaire. Soulignons d'ailleurs que cette question de l'existence de l'obligation d'une entraide est peut-être devenue aujourd'hui un critère plus fiable de la famille que celui de l'empêchement à mariage. Cela est vrai au point que certains auteurs avaient proposé que soient qualifiées d'incestueuses les relations de deux personnes liées par une telle obligation alimentaire. Une telle proposition ne semble néanmoins pas devoir résoudre toutes les difficultés soulevées par la définition de l'inceste. En effet, de la même façon qu'il était inefficace de vouloir définir l'inceste sur la prohibition à mariage et la prohibition à mariage sur l'inceste, il est tout aussi inopportun de vouloir définir l'inceste à partir d'une obligation alimentaire, qui se définit elle-même par...l'existence d'un lien de famille. Cela pourrait même ajouter encore un élément de complexité dès l'instant qu'il faudrait excepter de cette définition de l'inceste les relations entre époux ou entre partenaires, qui comportent bien des devoirs alimentaires. Il faudrait donc dire que l'inceste est toute relation entre deux personnes liées par une obligation d'entraide, à l'exception de ceux qui sont en couple. Et précisément, ne peuvent être en couple que ceux qui ne sont pas empêcher pour raison d'inceste... Il semble qu'en la matière, aucune de ces définitions de l'inceste ne puisse échapper à une *regressio ad infinitum*.

⁶⁶⁶ Sur ce point, plusieurs remarques doivent être formulées : d'abord, historiquement, la famille est plus qu'une unité purement biologique, et ce n'est que récemment que les mythes de la famille seulement génétique se sont cristallisés, sans qu'il soit possible d'affirmer, en dehors de toute idéologie, que la famille soit devenue conforme à cette croyance. Ensuite, sur les transformations de la famille, on peut renvoyer non seulement aux études qui ont été menées il y a quelques années sur l'adoption de l'enfant du conjoint (notamment l'article d'Agnès MARTIAL, « L'adoption de l'enfants du conjoint. Filiation et beau-parenté dans les familles recomposées », ou celui de Françoise-Romaine OUELLETTE, « L'adoption face aux redéfinitions de la famille et de l'institution généalogique », in *Parents de sang, parents adoptifs*, Agnès FINE et Claire NEIRINCK (dir.), Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, série anthropologique, volume 29, L.G.D.J, 2000, p. 189 à 211, et p.325 à 343), mais encore aux études plus larges destinées à montrer tous les aspects pour lesquels la droit de la famille est en passe de se renouveler (c'est ce que fait par exemple Michèle MESTROT, « La famille en chantier », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 191 à 208).

⁶⁶⁷ Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », 1/2, in *L.P.A.*, 24 février 2010, n°39, Paris, p. 7 à 31.

⁶⁶⁸ Si l'on songe que dans *Totem et Tabou*, FREUD rappelle que l'acte sacrificiel était à l'origine surtout accompli dans le repas sacrificiel, au cours duquel le boire et le manger ensemble fondait le sens des obligations réciproques des membres de la communauté entre eux, on pourrait peut-être envisager qu'en droit la solution la plus raisonnable soit celle qui consisterait à fonder la famille sur les responsabilités réciproques (ou mutuelles si l'on veut adapter un langage qui n'était pas celui de Freud, et dont la portée en droit serait alors sensiblement modifiée). L'inceste existerait donc partout où existent de telles obligations, et non là où se dresse une insaisissable « autorité de fait ». « La force morale du repas de sacrifice public reposait sur des représentations très anciennes concernant la signification de l'acte de manger et de boire en commun. Manger et boire avec un

Il apparaît que pour éviter les écueils qui sont apparus avec la référence à l'autorité pour qualifier l'inceste, il serait à la fois plus sage et plus rigoureux d'employer ici la responsabilité civile familiale comme critère. En effet, l'inceste, qu'il constitue un crime autonome ou bien une circonstance aggravante, pourrait être fondé sur l'existence ou non d'une obligation civile entre les protagonistes de cette situation.

498. En revanche, entre deux majeurs non consanguins, un empêchement à mariage existe en principe lorsqu'un lien d'alliance a existé, qui fonde une autre forme particulière d'inceste. L'article 161 du Code civil⁶⁶⁹ prohibe ainsi nettement le mariage entre une personne et son ex-beau-parent. Un homme ne peut en principe pas épouser la mère ou la fille de celle qu'il a été unit, ni une femme le fils ou le père de son ancien époux.

Cette situation *a priori* parmi les plus claires qui soit en matière d'inceste puisqu'un texte existe et puisque l'inceste n'y est alors compliqué par aucune question d'autorité, a pourtant récemment révélé, elle aussi, des failles relatives finalement à la définition même de l'union incestueuse.

Un arrêt de la Cour de cassation a, en effet, refusé d'annuler un mariage entre une femme et son ancien beau-père, en se fondant sur l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au regard, apparemment, de la seule longévité de l'union contestée⁶⁷⁰. Quoique cet arrêt soit marqué par de nombreuses considérations d'espèce relatives notamment à la durée de l'union et aux motivations successorales du fils qui demandait la nullité du mariage de son ex-femme et de son père au moment du décès de ce dernier, les commentateurs se sont refusés d'y voir une jurisprudence anecdotique. La Cour de cassation y révèle nécessairement une tendance du droit à restreindre les prohibitions à mariage, et partant, à réduire le champ de ce qui doit être perçu comme incestueux.

autre était à la fois un symbole et un moyen de renforcer la communauté sociale et de contracter des obligations réciproques », Sigmund FREUD, *Totem et Tabou*, Trad. Samuel Jankélévitch, Petite Bibliothèque Payot, [1912-1913], 2005, Paris, p. 189. Il est bien tentant de dire, pour paraphraser la célèbre formule que boire et manger ensemble, c'est former une famille !

⁶⁶⁹ « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne. »

⁶⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, D. 2014, 179, obs. C de la Cour, note François CHENEDE ; *ibid.* 153, point de vue Hughes FULCHIRON ; *ibid.* 1342, obs. Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU ; AJ fam. 2014, 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013, 663, point de vue François CHENEDE ; RTD civ. 2014, 88, obs. Jean HAUSER.

499. Pour l'examen mené ici, qui ici se borne, rappelons-le, à déterminer ce qu'est l'inceste, et notamment sous l'angle d'une responsabilité pénale, **une décision de ce type** est édifiante. Elle **permet en effet de questionner l'illégalité, ou l' « anormalité » du comportement des alliés**, qui se marient. Si l'union devient civilement possible, ne peut-on en induire l'idée qu'elle n'aurait plus aucune possibilité d'être même un sujet de discussion pour le droit pénal ? Car il y a en la matière une forme de communication logique des présupposés du droit civil au droit pénal, qui d'ailleurs se constate peut-être plus largement lorsque c'est la famille qui est en jeu. Si en effet la relation est même tolérée par le droit du mariage, il devient inconcevable qu'elle puisse faire l'objet, même un objet tout hypothétique, comme le sont en fait bon nombres d'autres situations incestueuses, d'une quelconque intervention du droit pénal.

D'un même mouvement, l'inceste s'efface du côté de la prohibition à mariage et de celui du débat qui entoure sporadiquement la responsabilité sanctionnatrice qu'est censé mettre en œuvre le droit pénal. L'inceste est tout entier pris dans cette ambivalence sociale qui ne semble pas devoir se tarir, ni se renforcer depuis une vingtaine d'années⁶⁷¹. D'une part, il est régulièrement question de donner à l'inceste les moyens d'être le tabou social qu'il est supposé être, mais il est d'autre part devenu clair qu'au nom d'un affect, un peu abstrait peut-être, le droit se retire toute aptitude précisément normative lorsque le couple est présenté à son regard. Ce second mouvement paraît plus vigoureux, dans la mesure où il correspond non seulement à une idéologie de la libéralisation complète du mariage, mais encore à son affaiblissement, dans la mesure où il démontre bien que l'alliance qui a été célébrée n'a pas été pour autant fondatrice de liens très étroits entre les deux familles ainsi réunies.

Le fait que l'inceste se dissolve manifestement quelque peu dans le couple n'a en revanche pas d'incidence automatique sur la considération d'un inceste intergénérationnel. Ce dernier demeure un point qui n'est ni clairement acquis à la cause du retrait du droit pénal, au

⁶⁷¹ Par exemple, en 2000, on relève l'article d'Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille », *in RTD civ.*, octobre-décembre 2000, p.759 à 780. Mais aussi, régulièrement des études le réaffirment : Delors GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *in R.S.C.*, Juillet/septembre 2010, p.599 à 611. On peut renvoyer par exemple encore à Daniel GONIN, « La position incestueuse : rupture du lien de filiation », Confrontations européennes régionales, Actes du colloque « Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant », 21, 22 et 23 novembre 1991, Lyon, p.246 à 248 ; à Xavier LABBEE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, n°334, p. 5 ; à Jean-Claude PLANQUE, « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.* 19 avril 2012, n°110, p.13. Pour un point de vue psychanalytique, voir : *Totem et tabou*, Sigmund FREUD, Petite Bibliothèque Payot, S. Jankélévitch (trad.), Paris, 2005, [1912-1913], 225 p.

profit du droit civil, en la matière, ni plus manifestement acquis à celle du renforcement du tabou.

2. *L'inceste dans une relation de « parentalité »*

500. Quant à la relation entre non consanguins ayant des liens de « parentalité » directs ou indirects entre eux, il existe ici d'une part des prohibitions à mariage, par exemple entre beaux-parents et enfant du conjoint, ou entre parent adoptif et enfant adopté⁶⁷², et d'autre part de meilleures chances de voir entrer en jeu les circonstances aggravantes que prévoit le Code pénal que lorsque le lien familial non consanguin est de type « fraternel ». La question de la dissymétrie existant dans les rapports de celui qui joue un rôle parental face à celui qui est en position d'enfant ne se pose pas ici. La définition donnée plus haut de l'inceste s'accorde sans peine à cette situation.

Il est néanmoins peut-être à nouveau utile de préciser que dans ce cas encore c'est actuellement davantage « l'autorité » que la responsabilité qui semble être utilisée comme fondement. Cette référence à l'autorité est sans doute plus légitime ici qu'elle ne l'était dans le cadre d'une relation incestueuse qui unirait des collatéraux non consanguins, mais elle n'est pour autant pas exempte de lacunes, qui peuvent être sensibles. L'autorité de fait qu'exercerait un adulte sur l'enfant de celui avec qui il partage sa vie pour une durée plus ou moins longue peut-être discutée, parce que l'autorité même est sujette à controverse⁶⁷³, mais surtout parce que l'autorité, lorsqu'elle n'est que de fait, ne saurait répondre aux exigences de la légalité des incriminations pénales.

⁶⁷² Article 161 du Code civil.

⁶⁷³ Il n'est certainement pas utile de rappeler par quelles évolutions cette notion est passée en droit civil lors de la détermination de la responsabilité du fait des tiers : on peut peut-être simplement souligner qu'outre l'autorité parentale, que beaucoup d'auteurs souhaitent réinstaurer au cœur de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, qui est bien une autorité de droit, la question de l'autorité de fait s'est dans ce cadre posée notamment par le biais de l'exigence de cohabitation dont on sait qu'elle fut très tôt interprétée de façon abstraite. La Cour de cassation a neutralisé la notion de cohabitation en la détachant de la notion de domicile, comme dans un arrêt célèbre du 5 février 2005 où il a été jugé qu'un enfant confié à sa grand-mère depuis l'âge d'un an et qui cause un dommage à autrui à 13 ans cohabite avec ses parents. Cette jurisprudence s'explique par l'évolution de la responsabilité parentale. La responsabilité parentale n'est plus fondée sur l'idée d'une faute mais sur l'idée d'une fonction sociale de l'autorité parentale qui suffit à elle seule à désigner les responsables. Crim. 8 févr. 2005, n° 03-87.447, D. 2005. IR 918 ; JCP 2005. II. 10049, note STEINLE-FUERBACH. A la rigueur le critère de la garde pourrait ici également être rappelé, dans la mesure où c'est ici l'hypothèse d'une relation de type parental, qui est étudiée, unissant un adulte à un enfant qui n'est justement pas le sien.

501. Au-delà de ces constats sur l'autorité, il est peut-être utile de s'interroger plus largement sur le sens d'une telle notion, lorsqu'elle est employée pour fonder un crime tel que l'inceste. Son usage induit bien l'idée que ce qui rend la relation répréhensible repose sur l'usage que fait une personne de sa « force » morale sur une autre qu'elle domine. N'est-ce pas négliger le sens véritable de l'inceste, qui certes passe par ce média de la violence morale, mais qui, plus profondément, touche au sens même du groupe familial ? L'inceste met en péril la génération. S'il est résolu dans une relation d'autorité, alors il est une violence comme les autres, qui a la spécificité de s'exercer dans un cadre plus inattendu⁶⁷⁴. Si en revanche, l'inceste se trouve fondé sur une relation de responsabilité, alors il utilise la violence pour faire échec à la vocation familiale⁶⁷⁵ de la transmission et de la génération, en un sens pratiquement anthropologique.

La responsabilité semble pouvoir constituer, dans cette hypothèse de la « parentalité », comme dans celles déjà étudiées plus haut, un critère bien plus solide, en ce qu'elle repose sur l'existence d'obligations familiales *préexistantes*.

B. L'existence de l'inceste sans dissymétrie apparente du rapport en question

502. Outre les situations dans lesquelles l'inceste ne repose sur aucune consanguinité, **il advient parfois qu'il se manifeste au contraire entre consanguins, mais qui ne sont pas dans une relation que le droit peut juger asymétrique.** En clair, deux mineurs ou deux majeurs qui développent ce type de relation entre eux ne sont pas regardés par le droit comme strictement coupables de la même chose que lorsqu'un majeur et un mineur sont concernés. En tant que situations limites, il convient donc d'analyser ces incestes

⁶⁷⁴ Il faut préciser que ce caractère « inattendu », ne peut être que celui qui affleure au premier regard superficiel, puisqu'en vérité, les études criminologiques révèlent avec une constance édifiante que la violence s'exerce toujours par prédilection dans un cadre privé, et qu'elle n'apparaît finalement qu'à titre plus exceptionnel dans l'espace public.

⁶⁷⁵ D'aucuns pourraient assurément nier l'existence même d'une quelconque « vocation familiale », et il serait bon de pouvoir indiquer ici que cette possibilité ne doit pas être négligée. Les développements contemporains du droit familial en occident surtout, peuvent laisser à penser que la famille n'existe plus. Nous croyons pourtant pouvoir dire que d'abord en droit, la famille constitue encore un point sur lequel se fixent les regards, et qu'ensuite, les sciences humaines révèlent partout son importance, qu'on le veuille ou non. La famille, si elle n'est sans doute plus une valeur aussi fermement protégée qu'elle a pu l'être dans un occident moins laïcisé, demeure concrètement et symboliquement le lieu de la relation à l'autre. C'est en ce sens que nous employons l'expression de « vocation familiale » : la famille génère les relations de l'Homme à l'Homme et de l'Homme au monde, et l'inceste est présenté en psychologie et en ethnologie comme faisant obstacle à ce rôle. Il paraît utile d'accorder ici le droit à ces disciplines.

entre mineurs (1), et entre majeurs, sachant que ce dernier ce trouve le plus évidemment porteur des doutes que suscite la qualification ordinaire de l'inceste (2).

1. *L'inceste entre mineurs consanguins*

503. Quant à la relation entre deux mineurs, s'ils sont consanguins, elle est bien constitutive d'un inceste au plan ethnologique, mais elle ne pourrait en droit, pas sans difficultés, correspondre à la définition posée plus haut de ce crime⁶⁷⁶. En effet, lorsque les deux protagonistes de l'acte incestueux sont mineurs, il est des circonstances où la violence, qui existe bien pourtant, ne peut être attribuée au fait de l'un sur l'autre.

A chaque fois qu'une violence, au sens classique d'une action imposée contre la volonté de celui qui la subit, aura pu être relevée dans la commission de l'acte, la qualification ne devra pas susciter d'interrogations particulières, en ce sens que la minorité de l'auteur de l'inceste ne devient qu'un élément propre à peser sur la peine et non sur la qualification de l'acte lui-même. La possibilité de définir l'inceste comme la privation de la possibilité d'un consentement ne reviendrait pas en effet à en réduire la portée, et engloberait aussi bien les situations dans lesquelles une violence s'exerce manifestement contre l'intention de celui à qui elle est infligée, que les situations dans lesquelles le consentement n'a pu être pensé.

Or, puisqu'il est constant que l'âge des mineurs, ayant commis un inceste, pèse actuellement d'une façon très sensible sur l'appréciation du consentement, autour duquel se forge pour l'heure la reconnaissance de l'acte incestueux, l'existence d'une différence d'âge significative entre eux est matériellement un critère de la possibilité, pour le droit pénal, de condamner un tel inceste⁶⁷⁷.

504. Mais qu'en est-il alors lorsque deux mineurs du même âge commettent un inceste, sans que ni l'un ni l'autre ne mette en avant de contrainte quelconque ? Ni la conception actuelle de l'inceste, reposant sur l'existence d'une relation forcément imposée par

⁶⁷⁶ Pour le cas d'un enfant ayant agressé sexuellement ses deux frères mineurs et dont la responsabilité a été engagée, voir Civ 2^{ème}, 6 octobre 2011, n°10-16685.

⁶⁷⁷ Notamment, la reconnaissance de l'inceste ne soulève pas de difficultés lorsque les mineurs en présence n'appartiennent pas à la même catégorie d'âge. Le plus âgé est nécessairement considéré comme ayant abusé le plus jeune.

un majeur à un mineur, ou sur la contrainte, ni celle avancée plus haut et qui supposait qu'une dissymétrie existe entre un coupable et une victime, ne permettent *a priori* de comprendre une telle scène. La question même se pose de savoir si un tel inceste doit être examiné sous un angle juridique. En effet, si sur le plan d'une étude plus morale, l'inceste, quels qu'en soient les protagonistes, est une difficulté de sens en soi, il ne peut en découler immédiatement des responsabilités juridiques abstraites.

Existe-t-il d'ailleurs un support à l'action du droit lorsque deux mineurs, proches en âges, et issus d'une même fratrie commettent un inceste ? En vérité, il n'y a ici que deux victimes, et aucun coupable, peut-être, sur qui faire peser une responsabilité. Une telle situation restera d'ailleurs le plus souvent parfaitement dérobée au regard du droit. Elle ne se fera connaître le plus souvent que lorsque la violence aura été explicite, mais en ce cas, c'est sur cette violence que le droit aura prise. Cette situation n'est pas celle sur laquelle l'interrogation se porte, puisqu'il s'agit au contraire d'affronter la question de la légitimité de la sanction d'un inceste objectif, mais commis en dehors des sphères habituelles de l'action du droit.

505. Il est possible de relever néanmoins que dans ce cas, l'inceste ne disparaît pas complètement du regard juridique. Bien qu'aucune sanction ne soit envisageable pour les enfants eux-mêmes, une forme de responsabilité peut réapparaître pour les parents. Même en dehors de toute hypothèse de violence, les cas dans lesquels des relations incestueuses entre mineurs d'une même fratrie seront connus, par le moyen par exemple d'une enquête sociale, conduiront à des mesures pesant sur l'autorité parentale⁶⁷⁸, ou ayant trait à la mise en place d'une assistance éducative⁶⁷⁹. L'inceste est alors reconnu, un peu marginalement,

⁶⁷⁸ Article 378-1 alinéa 1 du Code civil : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. ». Sans rappeler le débat qui existe sur la définition de la notion de danger, puisque l'autorité parentale n'est ici abordée qu'en tant qu'elle pourrait constituer une forme de sanction de l'inceste, il faut tout de même signaler que la Cour de cassation rappelle, lorsqu'elle en a l'occasion, que les juges du fond sont souverains dans la détermination de ce danger. Cf. notamment : Civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n°08-12.098, inédit ; Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, n°07-19.579, inédit ; Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1995, n°94-05.104, inédit.

⁶⁷⁹ Article 375, alinéa 1 du Code civil : « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil général, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel. ».

comme une atteinte à la moralité des enfants. Cette réaction du droit civil n'est en l'occurrence aucunement répercutée en droit pénal, et ne saurait être purement et simplement assimilée à une forme de sanction. Il s'agit de protéger les enfants, et, lorsqu'une mesure éducative est prononcée, de restaurer, à terme, ce qui pourra l'être du lien parental. La défaillance qui aura été à la source de ces mesures civiles est un manquement aux devoirs parentaux qui ne semble pas devoir intéresser le droit pénal, moins encore quant à une hypothétique singularité du caractère incestueux d'une telle relation entre collatéraux⁶⁸⁰.

Une fois encore, c'est la légitimité d'une telle intervention du droit pénal qui pose question. Comme un exemple typique d'une réflexion plus vaste menée sur les relations que peuvent entretenir droit pénal et droit de la famille, l'inceste entre deux mineurs consanguins révèle l'ambivalence de l'intervention du droit pénal dans ces hypothèses où le crime est « seulement » familial, c'est-à-dire qu'il ne relève pas, de prime abord, des catégories qui sont érigées en dehors de ce cercle pour les violences. La sanction étatique est-elle dans ce cadre nécessaire, étant entendue qu'elle ne peut exister sans cette condition ?

Plus spécifiquement, la nécessité d'une sanction est fragilisée justement par l'existence d'une réaction civile, qui met fin à la situation répréhensible et qui semble devoir s'appliquer de façon prioritaire à ces problématiques intimes de la famille.

506. S'il ne saurait évidemment dans ce cadre être question de pénaliser l'attitude de l'un ou l'autre des mineurs engagé dans un tel inceste, pour lequel il est pratiquement impossible de ne pas voir que les deux protagonistes en sont les victimes, **c'est du côté des parents qu'une responsabilité pénale ressurgit.** Néanmoins, ce n'est pas sous la qualification de l'inceste que cette responsabilité des parents est reconnue, mais sous celle de l'abandon moral d'enfant⁶⁸¹, qui conduit généralement à une peine de prison avec sursis⁶⁸². La soustraction d'un parent à ses obligations légales permet de pénaliser un certain nombre de

⁶⁸⁰ Il ne semble pas que le cas de l'inceste entre ascendants et descendants puisse relever exactement de la même analyse puisqu'alors l'intervention du droit pénal se fait dans des conditions qui demeurent certes sujettes à discussion, mais sans qu'en son principe elle soit aussi fondamentalement contestée ou, selon les points de vue, contestable. Cf. *infra*.

⁶⁸¹ L'article 227-17 du Code pénal sanctionne ainsi d'une peine d'emprisonnement de deux ans et de 30 000 euros d'amende le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à leurs obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leur enfant mineur. Pierre PEDRON note que « L'incrimination visée à l'article 227-17 du Code pénal est peu connue, peu usitée par les parquets. Néanmoins, l'augmentation relative des poursuites dans ce cadre fait débat », *JurisCl. Pénal, Facs.* 20, « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », p. 6.

⁶⁸² « 130 père ou mère ont été condamnés en 2004 par la justice sur ce fondement (dont 12 à une peine de prison ferme et 93 à une peine avec sursis, les condamnations à de l'emprisonnement, ferme ou avec sursis, atteignent 5 mois en moyenne, le montant moyen de l'amende est de 913 euros) », Pierre PEDRON, *idem*.

comportements qui portent atteinte à la moralité et à la sécurité de l'enfant⁶⁸³, sans viser particulièrement la situation d'un inceste commis entre mineurs consanguins, puisqu'aussi bien cette qualification peut être utilisée pour condamner par exemple la femme qui aura laissé le père de ses enfants commettre sur eux des actes incestueux⁶⁸⁴. Quoique cet article 227-17 du Code pénal puisse en principe trouver à s'appliquer dans un cas d'inceste entre deux mineurs consanguins pour pénaliser l'attitude des parents, force est de constater que cette voie ne semble pas avoir été exploitée devant les juridictions.

507. Cela pourrait s'expliquer, notamment, par la prévalence en la matière de l'engagement d'une réponse civile.

Il est possible que cette réponse civile soit en effet suffisante pour replacer les parents dans leur rôle de gardiens de la sécurité et de la moralité de leurs enfants. Une peine de prison avec sursis pourrait bien ne pas être une nécessité dans ces situations familiales déjà complexes, d'autant qu'il était clairement établi, dans les débats parlementaires qui ont précédés l'adoption du texte relatif à la soustraction d'un parent à ses obligations légales, que l'objectif d'une telle règle était d'abord de permettre une forme de réhabilitation des parents⁶⁸⁵. Une circulaire du 13 décembre 2002 a clairement posé le caractère subsidiaire de l'action pénale en de telles circonstances⁶⁸⁶. C'est donc une question d'opportunité de

⁶⁸³ Pour un exemple d'application, on peut renvoyer à des arrêts ayant eu à déterminer si le fait d'envoyer un jeune enfant en Inde pour y suivre un enseignement de Yoga était constitutif d'une soustraction des parents à leurs obligations. Dans un cas, le comportement parental a été incriminé, compte tenu de l'âge de l'enfant (six ans et demi), de la durée du séjour (indéterminée) et des conséquences de ce séjour sur l'enfant (des perturbations psychologiques ont été démontrées devant les juges du fond) : Cass. Crim. 11 juillet 1994, n° 1994-002981; Bull. crim. 1994 n° 269; JCP G 1995, II, 22441, note EUDIER; Dr. pén. 1994, comm. 259, obs. M. VERON. Dans une affaire comparable, le délit n'a pas été qualifié, compte tenu du fait que l'enfant était parti pour une durée de « seulement » dix mois en Inde, et que surtout il avait été relevé que l'enfant ne semblait pas avoir subi de perturbations psychologiques liées à cet éloignement : Cass. Crim. 17 oct. 2001, n° 2001-011590 ; Bull. crim. 2001, n° 214 ; JCP G 2001, IV, 2992.

⁶⁸⁴ CA Lyon, ch. acc. 28 mars 1997, Revue de. Sciences criminelles, 1997, p. 636, obs. Yves MAYAUD. Dans cette affaire, qui est somme toute comparable à celle qui a été étudiée par la cours d'assises de la Somme à propos de laquelle nous avons ouvert notre propos sur l'inceste, la mère avait été poursuivie en raison de son attitude de « connivence » envers les agissements incestueux de son compagnon sur leurs enfants communs. A notre connaissance, et quoique rien ne s'y oppose en principe, les juges n'ont pas eu à déterminer si le délit d'abandon moral d'enfant pouvait être constitué par le fait pour les parents de laisser des actes incestueux se produire entre leurs enfants.

⁶⁸⁵ C'est bien ce que relève Pierre PEDRON : « Apposé aux devoirs de l'autorité parentale et à la mise en danger de l'enfant visé dans le Code civil, la répression de l'infraction visée à l'article 227-17 du Code pénal repose plus sur une économie "éducative" que "punitiv" des parents. La politique criminelle initiée par la Chancellerie et les parquets semble être plus de "restaurer" la capacité éducative des parents, quitte à les "alerter judiciairement" au moyen d'une condamnation, que de les condamner sévèrement à une peine d'emprisonnement qui reviendrait à discréditer définitivement leur rôle éducatif. », *Idem*, p. 52.

⁶⁸⁶ Circ. NOR JUS D 02.03200 C, 13 déc. 2002 relative à "La politique pénale en matière de délinquance des mineurs". Voir notamment p. 16 et s. de cette circulaire.

l'intervention pénale qui serait une des causes de l'inexploitation de l'article 227-17 du Code pénal en ce cas, qui n'est susceptible pourtant d'aucune autre incrimination pénale⁶⁸⁷.

2. *L'inceste entre majeurs consanguins*

508. Quant à la relation de deux majeurs, s'ils sont consanguins, et dans l'hypothèse générale qui retient ici notre attention de l'inexistence d'un viol incestueux, **elle ne fait l'objet d'aucune intervention pénale**. Seule peut s'opposer à cette relation la prohibition du mariage ou du pacs. Cette situation correspond en fait à celle où culminent les ambivalences de l'attitude de notre droit face à l'inceste : dépouillé de ses formes physiques et très matérielles de violence⁶⁸⁸, et de toute confrontation à la question de la protection des mineurs, l'inceste « en tant que tel » est-il du ressort du droit pénal ? Et même, le droit civil peut-il encore empêcher une union qui semble à tant d'égards avoir été remise entièrement entre les mains de ceux qui la *veulent*. Si l'interdiction du mariage entre alliés se trouve relativisée aujourd'hui⁶⁸⁹, le fait qu'elle demeure entre consanguins ne semble pas d'une part poser avec une très grande netteté le tabou socialement fondateur qu'est supposé être l'inceste⁶⁹⁰, ni d'autre part poser la pérennité de cette limitation au mariage.

Certains auteurs ont d'ailleurs déjà remarqué que la fragilisation, devant la justice européenne⁶⁹¹, de la restriction de la liberté nuptiale entre alliés ne pouvait manquer de

⁶⁸⁷ Dans la stricte mesure où ont été exclus de ce cadre les cas de violences évidentes, qui sont bien évidemment possibles même entre mineurs, mais qui alors sont condamnées par le biais de ces violences, et qui ne contraignent aucunement à des commentaires sur l'opportunité de la sanction de l'inceste auxquels notre objet était justement de chercher à nous confronter.

⁶⁸⁸ Bien qu'il faille certainement rappeler que la violence peut exister sous d'autres formes dans les relations incestueuses, qui ne relèvent pas du cas d'école, mais qui constituent une réalité de l'inceste, certes souvent matérialisées en dehors du regard du droit, nous envisageons pour notre examen une situation dans laquelle la violence, sans être absolument absente, n'est pas constatable.

⁶⁸⁹ Voir l'arrêt très commenté rendu par la Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, D. 2014, 179, obs.C. de la Cour, note François CHENEDE ; *ibid.*, 153, point de vue Hughes FULCHIRON ; *ibid.*, 1342, obs. Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU ; AJ Fam. 2014, 124, obs. S THOURET ; *ibid.*, 2013, 663, point de vue François CHENEDE ; RTD civ. 2014, 88, obs. Jean HAUSER. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a écarté la prohibition posée par l'article 161 du Code civil du mariage entre alliés, en raison de circonstances de fait (le mariage avait duré vingt ans, avant que le décès de son père ne rappelle au fils-ex-mari de l'épouse de son père que cette union pouvait mettre en péril certains de ses droits successoraux), et sur le seul fondement de l'article 8 de la CEDH.

⁶⁹⁰ Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille », in RTD civ., octobre-décembre 2000, p.759 à 780.

⁶⁹¹ Arrêt B. et L. c/ Royaume-Uni, 13 septembre 2005, RTD civ. 2005, 758, obs. Jean HAUSER ; *ibid.* 735, obs. MARGUENAUD ; Dr. Fam. 2005, comm. 234, Adeline GOUTTENOIRE et Marie LAMARCHE. Dans cet arrêt, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a estimé que, en empêchant le mariage du beau-père avec l'ex-épouse de son fils toujours vivant, l'Etat défendeur avait porté atteinte à la liberté nuptiale et de fonder une famille consacré par l'article 12 de la Convention EDH. Notons que dans cette affaire, les candidats à la

fragiliser du même coup, même de façon, pour l'heure, lointaine, celle qui touche les consanguins⁶⁹².

509. Outre la question du mariage, qui suscite donc elle-même des discussions, **celle de la possibilité pour une responsabilité pénale d'intervenir en un tel cas**, où donc deux majeurs consanguins vivraient maritalement, **se pose**. Et se faisant, les questionnements sur l'autonomisation de l'inceste en tant que crime familial spécifique ressurgissent. Si, dans les hypothèses qui viennent d'être étudiées d'autres modalités de condamnation demeurent possibles, quoiqu'elles ne soient pas usitées de façon systématique, loin s'en faut, il en va autrement dans cette situation, où, véritablement, rien n'est possible, sauf à pénaliser directement l'inceste pour ce qu'il est⁶⁹³.

Il est donc impossible de rechercher plus avant sur ce terrain avant d'avoir finalement clairement posé les termes du débat auquel l'intervention pénale est soumise en matière d'inceste.

III. LA DISSOLUTION DE L'INCESTE DANS UN ELEMENT **AFFECTIF DEVOYE**

510. Enfin, en admettant que les incestes, même entre adultes, et même entre collatéraux non consanguins, peuvent tous répondre à la définition qui avait été donnée, en tant que violence pratiquement absolue, **la logique du droit pénal elle-même se dresse contre une telle acception de l'inceste**. Car enfin si personne ne se dit victime, comment

noce s'étaient heurtés à un refus de la célébration de leur union à défaut du décès du fils, ou d'une dispense que peut accorder le Parlement.

⁶⁹² Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU, « Droit des couples, avril 2013-mars 2014 », *in D.* avril 2014, p. 1342. « (...) la Cour de cassation ne peut méconnaître qu'en écartant l'empêchement à mariage fondé sur l'alliance, quel qu'en soit le motif, elle amorce le débat sur ce sujet et suggère au moins la question de la pertinence du maintien de cet empêchement d'une façon telle qu'on ne peut s'abstenir de penser que les dés sont jetés. (...) Il y aura sans doute quelques civilistes grincheux, soucieux d'intérêt général, pour s'en émouvoir encore. Cela ne devrait pas entraver l'évolution résolument progressiste, libérale et individualiste de notre droit de la famille ».

⁶⁹³ Une illustration particulière de ce problème pouvait aussi être trouvée dans un cas de relation incestueuse imposée par un fils à sa mère. Cf. Paris, Pole 3, ch. 5, 18 mars 2010, n°09-05558.4. La mère a été relaxée parce qu'il a été démontré qu'elle n'avait pas eu l'initiative de ces agissements. Il faut également noter que les juges ont refusé de requalifier les faits en abandon moral d'enfant.

pourrait-on qualifier matériellement l'infraction ? Peut-on sérieusement la rechercher aujourd'hui dans la consommation physique de l'inceste ? Pourrait-on, sans doute moins sérieusement encore, accepter de reconnaître que la contrainte est d'abord, et dans certains cas seulement, psychologique ?

511. C'est en cet endroit de la réflexion qu'il sera utile d'indiquer que l'affaire jugée par la Cour d'Assises de la Somme a eu un dénouement tragique : le 7 octobre 2014, presque deux ans après le procès qui a servi d'exemple à certaines de nos analyses, le père incestueux a assassiné sa fille sur son lieu de travail, où elle avait fuit avec l'enfant du couple. L'employeur de la fille est mort lui-aussi sous les balles du père, et le garçon de treize ans qui paraissait être la victime dont personne ne parlait de tout cela était sur les lieux de la fusillade⁶⁹⁴. Parce que l'inceste est perçu actuellement au travers d'un élément affectif qui est dévoyé de ce à quoi il devrait en toute logique aboutir, c'est-à-dire à un inceste qui ne soit pas dépendant de la majorité de la victime, ni réduit abusivement à un élément de volonté dont il se distingue.

512. Mais la considération qui peut être accordé à un affect plus factuel qu'idéal ne conduit pas seulement à éclairer directement l'inceste tel qu'il se déroule entre auteur et victime. Elle permet encore de saisir peut-être plus clairement les situations dans lesquelles une indemnisation, cette fois civile, est accordée à l'enfant qui naît d'une telle union incestueuse.

Sous-section II. LA CONSIDERATION DU PREJUDICE DE L'ENFANT ISSU D'UN VIOL INCESTUEUX

513. L'une des caractéristiques de l'inceste, qui paraît devoir être mieux saisie par l'affect, **est sa tendance à troubler les relations familiales** qui ne sont pas directement affectées par lui mais **qui sont contraintes de graviter à son entour**. Ainsi, une fois l'inceste

⁶⁹⁴ L'information a été relayée notamment par Le nouvel Observateur : <http://tempsreel.nouvelobs.com/faits-divers/20141009.OBS1697/le-pere-et-la-fille-se-disaient-amoureux-mardi-le-pere-a-tue-la-fille.html> Consulté sur internet le 09 octobre 2014.

commis, il peut avoir des conséquences sur l'enfant qui en naîtra, et qui peut en subir un préjudice, qui certainement doit aller au-delà de la simple impossibilité d'établir sa filiation complète.

Les premières difficultés posées par le dérèglement de l'affect, qui cause la violence incestueuse, et qui se trouverait banalisé par le droit de la responsabilité qui cherche à le saisir, sont relatives à la possibilité même qui est offerte à l'enfant né d'un viol incestueux d'agir contre celui qui en a été l'auteur (Paragraphe 1). Une autre série de difficultés porte plus spécialement sur la qualification de la faute et du lien de causalité dans une telle responsabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La possibilité pour l'enfant issu d'un viol incestueux d'engager la responsabilité de son père

514. La responsabilité des parents envers leurs enfants demeure exceptionnelle. Si elle peut ainsi être liée à la naissance de ces derniers, ce n'est que dans la situation où des circonstances particulièrement douloureuses entoureraient sa conception. Comme ailleurs lorsque la responsabilité s'applique à la famille, seules ces circonstances, qui peuvent dans ce cadre et conformément à la jurisprudence actuelle n'être relatives qu'à l'existence d'un viol et /ou d'un inceste, sont à même de justifier que les juges interviennent pour sanctionner un comportement parental.

Pourtant, un tel engagement est loin d'être automatique, et, parce qu'il est troublé par l'intervention d'un affect qu'il est difficile de saisir, doit susciter des réflexions, d'abord sur l'admission de l'action de l'enfant né d'un viol incestueux contre celui qui en est l'auteur (I), et ensuite sur les critères de cette responsabilité (II).

I. LE PRINCIPE DE L'ADMISSION D'UNE ACTION EN RESPONSABILITE DE L'ENFANT NE D'UN VIOL INCESTUEUX

515. Lorsque l'enfant est né d'une union incestueuse non consentie, il est admis, mais non sans soulever de profondes interrogations, que cet enfant pourra demander réparation du préjudice qu'il subit du fait des circonstances particulières dans lesquelles il aura été conçu. Cette demande doit être formulée en une action civile menée devant le juge pénal ayant à décider du sort de l'agresseur. Il pourra, en vertu des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale⁶⁹⁵, et lorsque sa mère aura été la victime d'un viol incestueux, se constituer partie civile et obtenir une indemnisation de son préjudice, qui est déterminée le plus souvent au moins par l'impossibilité légale qui lui est faite de doubler son lien de parenté biologique d'un lien légal. Cette possibilité a récemment encore été entérinée par la jurisprudence⁶⁹⁶.

516. Cela ne manque pas de faire sens dans la mesure où il s'agit ainsi de subordonner la réparation du préjudice de l'enfant qui a, ou aura, à souffrir de la situation dans laquelle il est venu au monde à la reconnaissance d'une responsabilité pénale de l'adulte à qui il doit cette situation. Indépendamment de cette culpabilité là, il est impossible pour un enfant de demander la réparation d'un préjudice qui est considéré alors comme ne pouvant pas exister. On peut bien craindre que l'admission d'un droit à réparation en de telles situations ne finisse par déboucher sur des cas de responsabilité potentiellement

⁶⁹⁵ Selon l'art 2 du Code de procédure pénale : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. ». L'art 3 dispose quant à lui que : « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite. »

⁶⁹⁶ Cass. Crim., 23 septembre 2010, n°09-82438 et 09-84108, L.P.A., 30 décembre 2010, n°260, p.9 à 14, note Amandine CAYOL ; L.P.A., 1^{er} juin 2011, n°108, p.13 à 17, note Cathy POMART-NOMDEDEO. « Aux termes des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale, les proches de la victime d'une infraction sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle des faits objets de la poursuite. Encourt la cassation l'arrêt qui, pour écarter la demande tendant à la réparation du préjudice moral de l'enfant né d'un viol, partie civile, retient que celui-ci ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait des circonstances dans lesquelles il a été conçu, la conception ne pouvant être dissociée de la naissance, alors que le préjudice invoqué résulte directement des faits criminels poursuivis » (1^{ère} espèce). « Aux termes de l'article 3 du Code de procédure pénale, l'action civile est recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découlent des faits, objets de la poursuite. Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer recevable la constitution de partie civile faite au nom d'un enfant, né de relations incestueuses imposées par un père à sa fille, et bien fondée la demande de réparation du préjudice moral de l'enfant, retient notamment que l'enfant est privé du droit de faire établir sa filiation en vertu de l'article 310-2 du Code civil et que les circonstances de sa conception justifient la réparation de traumatismes psychologiques » (2^{ème} espèce).

illimités, qui pèserait par exemple sur chaque parent ayant pris la décision de concevoir alors que sa condition sociale ne lui permettait pas d'offrir à l'enfant des biens matériels⁶⁹⁷, et sans doute superficiels pour la plupart d'entre eux. Cette crainte, qui ne doit être traitée à la légère tant les enjeux sont évidemment importants, peut pourtant être modérée. Pour l'heure, la procédure qui est imposée à l'enfant qui voudrait obtenir la réparation du dommage subi du fait des circonstances de sa naissance semble pouvoir jouer son rôle de garde-fou.

II. LA DIFFICILE QUALIFICATION DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE DU PARENT

517. S'il est possible de s'interroger sur la nature de la faute commise par l'auteur d'un viol incestueux à l'égard de l'enfant ainsi conçu, ou encore même sur le lien de causalité qui unit ce viol au préjudice de l'enfant, le point le plus sensible qu'ait relevé la doctrine porte plutôt sur la question de savoir ce qui constitue ce préjudice, et s'il est bien légitimement réparable.

Les deux premiers points évoqués lui sont apparus comme moins révélateurs de l'originalité du débat qui doit être mené en matière d'indemnisation d'un préjudice subi par l'enfant à cause des conditions dans lesquelles ses parents l'ont engendré. En effet, concernant d'abord l'analyse de la faute qu'aurait commise l'homme qui a imposé une relation incestueuse à une femme envers leur enfant, il ne paraît pas excessivement imprudent de dire que, comme dans tout préjudice par ricochet, cette faute est constituée par la violence même commise sur la victime principale. Cette action est bel et bien à l'origine du préjudice subi par l'enfant. Concernant ensuite l'étude du lien de causalité entre l'inceste non consenti et

⁶⁹⁷ A propos d'une affaire dans laquelle un enfant demandait la réparation du préjudice qu'il avait subi du fait du viol de sa mère (non incestueux cette fois), examinée par la cour d'appel de Caen, le 7 novembre 2000, Alain SERIAUX avait ainsi noté que : « Le reproche adressé au père n'est pas le viol lui-même, mais plus exactement d'avoir conçu une enfant destinée à souffrir de ses origines. Mais qui ne voit qu'à ce compte, tout homme, toute femme qui prend le risque de mettre au monde un enfant dans des circonstances dont il pourra un jour ou l'autre pâtir, est également passible d'un tel reproche ? Femme qui devient mère alors qu'elle commet l'adultère, mari qui engendre de son épouse alors qu'il songe à en divorcer, couples qui acceptent de donner la vie à une descendance qui, sauf heureux coup du sort, ne pourra compter que sur une existence faite de pauvreté et de renoncements, tous ceux-ci et bien d'autres ne sont-ils pas fautifs au sens même où l'est dans notre affaire l'auteur du viol ? », Caen, 1^{ère} ch., sect. civ. 7 novembre 2000, *in JCP G*, 2002, II, 10 001.

l'existence du préjudice de l'enfant, c'est assez fréquemment sur l'opportunité de retenir la théorie de l'équivalence des conditions que l'on semble retomber, sans que cela ne soit un marqueur des difficultés relatives en propre à la situation étudiée ici.

Il est en revanche assez frappant que d'emblée la nature du préjudice interpelle, tant par le lien qui existe entre l'agresseur-géniteur et la victime, que par les spectres qu'elle éveille dès que l'on s'attache à admettre que la vie telle qu'elle est donnée pourrait parfois ne pas être louée.

Au-delà de cette difficulté marquante, il est pourtant nécessaire d'étudier plus spécifiquement chacun des aspects par lesquels ce cas de responsabilité gagne une place tout à fait spécifique.

Paragraphe 2. Les éléments constitutifs de la responsabilité de l'auteur d'un viol incestueux envers son enfant

518. La faute (1), le lien de causalité (2) et le préjudice (3) doivent chacun être explicités ici.

I. LA NATURE DE LA FAUTE COMMISE PAR LE VIOLEUR

INCESTUEUX A L'EGARD DE L'ENFANT NE DE CE CRIME

519. La faute qui est ici retenue est bien spécifique, et démontre que l'affect intervient pour troubler les cadres qui sont ailleurs retenus en droit de la responsabilité (A). cette spécificité toutefois repose peut-être actuellement sur une acception fragile du comportement fautif de l'auteur du viol incestueux qui cause par cet acte un dommage à l'enfant qui naît de cette union (B).

A. Spécificité de la faute du parent auteur d'un viol incestueux à l'égard de l'enfant

520. La faute commise par celui qui engendre délibérément un enfant lors d'un viol incestueux est bien fondamentalement différente de celle que commettrait l'auteur d'une infraction sexuelle n'aboutissant pas à la naissance d'un enfant, fût-elle imposée à un membre de sa famille. Cette faute n'est pas à distinguer radicalement de celle qui a été commise contre la mère de cet enfant, mais elle peut apparaître comme ayant une nature particulière quand elle unit tragiquement le coupable à l'enfant. Dans le cas précis où un enfant demande la réparation du préjudice issu de sa conception, celui qui est fautif est aussi celui qui lui a donné la vie. C'est à ce titre qu'une réflexion sur la nature de la faute commise peut être pertinente et c'est d'ailleurs en ce sens que l'argument avait été formulé par le professeur Sériaux⁶⁹⁸. Peut-on commettre une faute en mettant délibérément au monde un enfant dont on sait déjà qu'il devra affronter des difficultés particulières ? Force est de constater que l'on ne peut répondre par l'affirmative à cette question sans ouvrir la boîte de Pandore, et que les limites procédurales qui existent aujourd'hui pour préserver de ce risque ne doivent pas empêcher l'analyse du sens d'une telle faute.

521. Ce n'est donc pas en ces termes, relatifs directement à la naissance en elle-même, **que les juridictions** qui ont eu à trancher dans des affaires où un enfant demandait la réparation du préjudice lié aux circonstances particulières de sa conception **ont défini la faute de l'auteur de l'inceste.** Elles optent le plus souvent pour une faute à l'égard de l'enfant consistant dans le fait d'avoir placé l'enfant dans une situation telle qu'il lui serait impossible de faire établir légalement sa filiation biologique à l'égard de ses deux parents⁶⁹⁹. Puisque l'article 310-2 prohibe l'établissement d'une filiation incestueuse, l'homme qui commet un inceste condamne l'enfant à n'avoir de filiation légale que maternelle, ou bien à y adjoindre une filiation paternelle coupée de la réalité biologique, et c'est donc en cela qu'il aurait fauté envers lui.

⁶⁹⁸ Alain SERIAUX, note préc.

⁶⁹⁹ C'est ainsi notamment que la faute a été caractérisée devant le TGI de Lille, 6 mai 1996, D. 1997, jur. p.543, note Xavier LABBEE ; Paris, 1^{ère} ch. B, 25 juin 1999, D. 1999, IR p. 226 ; Grenoble, ch. urg., 29 juin 2005, *Responsabilité civile et assurance*, Février 2006, p. 9, comm. Christophe RADE ; Cass. Crim. 23 septembre 2010, (deux affaires), in *L.P.A.*, 3^e décembre 2010, n°260, p.9, « Le préjudice résultant d'une naissance à la suite d'un inceste », Amandine CAYOL ; *L.P.A.*, 1^{er} juin 2011, n°108, chronique, p.13, « Le droit à indemnisation du préjudice découlant des circonstances d'une naissance : le dévoilement progressif d'un droit subjectif énigmatique », Cathy POMART-NOMDEDEO.

Cette manière de délimiter la faute commise par le père à l'encontre de son enfant permet au moins de ne pas reconnaître une faute qui pourrait aussi bien être imputée à la mère si elle était constituée par un relâchement du lien maternel, voire par l'impossibilité d'établir un lien affectif entre la mère et l'enfant qu'elle a eu dans de telles circonstances⁷⁰⁰.

B. Critiques de la définition de la faute tirée de la perte d'une chance pour l'enfant de faire établir sa paternité

522. Mais cet atout pratique, que présente une faute définie comme un comportement ayant en toute conscience conduit à priver un enfant de la possibilité de faire établir sa filiation en droit, ne suffit peut-être pas à compenser ses défaillances théoriques. Ces dernières semblent être au moins au nombre de quatre, et leur importance, si elle est variable, peut légitimement faire douter de l'opportunité d'une telle qualification de la faute.

523. La première d'entre elles porte sur la notion de « vie normale », ou du moins de « filiation normale », à laquelle on a l'impression d'être inexorablement renvoyé dès lors qu'il serait fautif de placer un enfant dans la situation où il ne pourrait qu'être juridiquement lié à un seul de ses parents biologiques. C'est ce que dénonce notamment Xavier Labbé⁷⁰¹ en commentant une décision rendue en 1996.

En effet, si la faute de l'homme qui a agressé sa mère est pour l'enfant de l'avoir privé de la possibilité d'établir sa filiation, cela pourrait bien signifier que ce « manque de filiation » est une « anormalité », que le droit doit réparer. Ce faisant, il poserait l'idée selon

⁷⁰⁰ Cf. Paris, 25 juin 1999, préc. ; Grenoble, 29 juin 2005, préc.

⁷⁰¹ TGI Lille, 6 mai 1996, D. 1997, Jur. p.543, note Xavier LABBEE : « Cette notion de « vie normale » qui semble inévitablement (et malheureusement sans doute) se dégager de la loi et de la jurisprudence actuelle, suppose la référence (bien délicate, et sûrement dangereuse) à une norme, à un modèle. (...) Si, dès sa conception, l'enfant est affecté d'un « défaut de fabrication » tel qu'il sera amputé d'une partie de son état civil, on sera en présence d'un enfant « anormal » au sens étymologique du terme (c'est-à-dire « privé d'une partie de ses droits », ou encore « en dehors de la norme »). (...) L'enfant « normal » est celui qui doit être apte à établir son lien de filiation par le sang envers ses deux auteurs. Que penser de cette analyse ? », p.544.

laquelle la normalité est la situation de l'enfant qui est bien civilement celui de ses deux parents biologiques. Par un étrange jeu de miroir, la reconnaissance d'une telle responsabilité aurait donc l'effet pervers de *rendre l'enfant anormal, et non les circonstances du viol qui l'ont engendré*. La faute ne résiderait plus alors dans l'aberration du crime, mais dans le fait d'avoir rendu *a-normal* celui qui en est né.

Ce raisonnement est certes contestable, parce que toute victime est finalement privée, non pas de sa « normalité », mais plus exactement d'une forme de plénitude, et que cette privation, cette injustice originaire, est justement ce qui entraîne la nécessité de l'action du droit. Pour autant, si cette première critique adressée à la faute telle qu'elle est conçue ici aboutit finalement à noyer l'originalité profonde de ce cas de responsabilité dans les écueils de toute forme de responsabilité juridique, elle reste la base à partir de laquelle comprendre les suivantes.

524. La seconde défaillance que l'on peut déceler dans la qualification de cette faute du père de l'enfant issu d'un viol incestueux est bien en effet liée à celles qui viennent d'être évoquées et **est relative à la cohérence globale d'un système dans lequel l'établissement de la filiation est libre en principe**. Comment en effet pourrait-on admettre que cet homme-là soit coupable de concevoir un enfant qu'il ne pourra légalement pas reconnaître, alors que l'on admet, sans grande discussion, que tout homme est libre de faire établir ou non sa paternité, et sans chercher par exemple à savoir s'il avait, dès la conception, l'intention de ne pas reconnaître l'enfant ? Dans une telle hypothèse, et de ce point de vue seulement, l'on admettra sans doute que les cas sont comparables.

525. Cette similitude a pu être présente à l'esprit des juges lillois lorsqu'ils ont décidé, à propos d'une affaire de viol incestueux, et sans doute un peu imprudemment, **que la filiation était un droit de la personnalité**, et que toute personne qui était empêchée de l'établir souffrait automatiquement d'un préjudice moral certain⁷⁰². Or, il paraît bien compliqué d'allier d'un côté la liberté, en principe totale, d'un homme de reconnaître ou non un enfant comme le sien, et de l'autre cette idée que l'enfant aurait un « droit à la filiation ».

Une objection valable faite à cette comparaison entre la situation de l'enfant que son père refuse de reconnaître et la situation de l'enfant né d'une union entre les membres d'une

⁷⁰² TGI Lille, 6 mai 1996, préc.

même famille, serait celle tirée de l'impossibilité légale, et donc purement objective, d'établir la filiation incestueuse. Mais du côté de l'enfant, il est inconcevable de limiter ce « droit à la filiation » (si on l'admet bien entendu) aux enfants issus d'un inceste, et ce alors même que ce sont précisément les seuls à en être forcément dépourvus⁷⁰³. Si un tel droit subjectif devait être reconnu, il faudrait qu'il le soit pour tous. Le nombre des actions en responsabilité pourrait s'accroître alors d'une façon assez considérable, et s'il a été déjà vu qu'il existait des cas dans lesquels des juges avaient accepté d'indemniser le préjudice de celui dont le père refuse la reconnaissance, cela ne s'expliquait que par le caractère assez exceptionnel, non pas de la conception comme ici, mais du refus d'établir la filiation en lui même⁷⁰⁴.

Ces raisons expliquent probablement le manque de succès de cette argumentation lilloise, qui n'a plus été reprise par la suite, et rien d'étonnant à ce que, du moins pour l'heure, la filiation n'ait pas été reconnue comme un nouveau droit de la personnalité dans notre ordre juridique interne⁷⁰⁵.

526. Le troisième problème que soulève cette qualification de la faute est le moins contestable : **si la faute de l'auteur d'un viol incestueux à l'égard de l'enfant qui en est issu pourrait être de l'avoir volontairement amputé de la possibilité d'établir sa paternité biologique en droit, il n'en va pas ainsi de celui qui a commis un viol non-incestueux.** L'enfant né de ce dernier n'est pas empêché par la loi de faire établir la paternité de l'homme qui a commis ce crime, même si tout un chacun pourra sans mal admettre que

⁷⁰³ Nous voudrions insister ici sur le fait qu'il ne s'agit pas de dire que la faute est en fait commise par la loi, qui, dans son article 310-2, empêche l'établissement de l'enfant issu d'un inceste. La faute est bien dans l'esprit des décisions qui ont été prises en la matière, pour l'homme, d'avoir conçu un enfant destiné à se heurter à cet article. Pour autant, il ne serait peut-être pas totalement illégitime de se demander si cet empêchement légal atteint vraiment ses objectifs. En effet, l'inceste n'a fait qu'une entrée récente dans notre code pénal (avec la loi du 8 février 2010), et n'est source que d'empêchements à mariage et à filiation dans le Code civil. L'empêchement à mariage ne peut vraiment prêter le flanc à la critique, mais il n'en va pas de même de la prohibition de l'établissement de la filiation incestueuse, qui affectera bien plus l'enfant qui en est issu, que les adultes qui ont transgressé ce tabou. De toute manière, dès lors que les situations que nous observons ici sont celles de relations non consenties, on peut raisonnablement penser que, comme dans le cadre d'une naissance faisant suite à un viol non incestueux, même si l'article 310-2 du Code civil était abrogé, la filiation ne serait pas établie entre le père et l'enfant.

⁷⁰⁴ Cf. *supra* sur la responsabilité retenue en cas de non reconnaissance « abusive » d'un enfant. Il est important de distinguer ce cas de figure de celui qui est à l'étude ici, dans la mesure où d'une part, cette dernière a lieu devant les juridictions pénales tandis que l'autre est une affaire purement civile, et où d'autre part dans l'indemnisation de l'enfant du fait des circonstances particulières de sa conception, même si la faute est désignée par l'impossibilité dans laquelle on le place d'avoir une filiation légale conforme à la vérité biologique, c'est bien les circonstances de la conception qui sont regardées. Lorsque c'est l'attitude du père connu qui refuse de s'engager légalement auprès de son enfant qui est fautive et qui entraîne la reconnaissance d'une responsabilité civile de celui-ci, ce sont bien les circonstances du refus qui constituent la faute et non celles de la conception.

⁷⁰⁵ En toute rigueur, il faudrait douter de cette affirmation étant donné que la Convention internationale des droits de l'enfant reconnaît le droit pour tout enfant d'être inscrit dans sa famille. Article 7-1.

l'établissement du double lien de filiation n'aurait vraiment rien de souhaitable, ni pour la mère, ni pour l'enfant.

Ainsi, et alors que les situations sont traitées d'une façon très similaire devant les tribunaux, dire que la faute de celui qui viole une femme est, à l'égard de l'enfant qui en est issu, de le priver sciemment de la possibilité d'avoir une filiation paternelle légale conforme à la réalité biologique, est impossible. Toute la question est alors de savoir par quoi « remplacer » cette faute si le viol est commis sans inceste. Dans cette situation où le viol à l'origine de la naissance de l'enfant ne serait pas incestueux, et où l'indemnisation repose bien pourtant sur les circonstances particulières de la conception, la faute semble être d'avoir placé l'enfant dans une situation difficile vis-à-vis de sa mère d'abord, mais pour lui-même ensuite lorsqu'il sera confronté à l'évocation de la violence dont il est né⁷⁰⁶.

527. La lecture des arrêts les plus récents⁷⁰⁷ en matière d'indemnisation de l'enfant en raison des circonstances particulières de sa naissance pourrait donner à penser que lorsqu'il y a viol incestueux, la faute serait double : du côté du viol, elle serait d'avoir placé l'enfant dans une situation douloureuse, et du côté de l'inceste, elle serait de le priver de filiation légale⁷⁰⁸, si l'on pouvait se fonder sur la définition des préjudices pour reconstituer la faute qui les cause.

Sans aller peut-être jusqu'à une telle distinction des fautes, puisque de toute façon, quand bien même on admettrait que le violeur incestueux est bien l'auteur à l'égard de la mère, d'un viol et d'un inceste, il n'en demeurerait pas moins que l'inceste n'est sanctionné en droit pénal que pour autant qu'il est commis contre le consentement de celui qui le subit. Il est au moins possible de reconnaître que la cohérence de ces fautes se retrouve si l'on considère qu'il s'agit dans ces deux cas d'avoir mis « sciemment » l'enfant dans une situation humaine difficile. Cette définition, *a minima*, de la faute que l'on sanctionne lorsque se met en œuvre une responsabilité de l'auteur d'un viol ou d'un viol incestueux à l'endroit de l'enfant né de ce crime, ne peut pourtant être considérée comme plus satisfaisante que celle

⁷⁰⁶ Caen, 7 novembre 2000, préc. Le préjudice de l'enfant né du viol de sa mère est « constitué par le caractère nécessairement douloureux que prendra l'évocation de sa conception et de sa naissance ». C'est à partir du préjudice que l'on doit identifier la faute dans la mesure où, à l'égard de l'enfant, elle n'est jamais explicitement posée.

⁷⁰⁷ Crim, 23 septembre 2010, deux arrêts, préc.

⁷⁰⁸ Crim, 23 septembre 2010, n°48794 : « les circonstances de sa conception (viol) justifient la réparation du traumatisme lié à la connaissance que le jeune Kenzo aura de ces faits en grandissant, et aux difficultés qu'il rencontrera à se construire en raison de sa filiation incestueuse ; que Kenzo X-Y, issu d'un viol incestueux se trouve du fait de la loi, dans l'impossibilité de faire établir son lien de filiation paternelle ».

d'où notre analyse tend à se départir. Comme cela a été dit plus haut, si c'est une faute que de mettre au monde un enfant dont on sait qu'il pourrait rencontrer des difficultés dans l'avenir, nul ne sait combien de parents sont coupables.

C'est en cet endroit qu'il apparaît le plus nettement que la meilleure définition de la faute que l'on pourrait donner en de telles situations sera nécessairement liée à celle qui a été commise envers la mère de l'enfant, comme le montre déjà la procédure à laquelle de telles actions sont soumises.

Mais avant de pouvoir en venir à proposer une qualification de la faute de l'homme coupable d'avoir engendré un enfant par la violence, il reste à relever une défaillance de la définition qui ressort actuellement de l'étude des décisions ayant trait à la réparation du préjudice de l'enfant lié aux circonstances particulières de sa conception.

528. La quatrième et dernière défaillance qui est apparue dans le fait de lier la faute du père, qui a violenté la mère pour concevoir, à l'impossibilité originaire dans laquelle il place son enfant d'avoir une filiation légale correspondant à sa filiation biologique, **relève d'un problème de normativité.** Peut-on vraiment dire à l'homme qui aura violé une femme de sa famille ou une autre, que sa faute vis-à-vis de l'enfant qu'il a ainsi engendré n'est « que » de l'avoir privé du droit de faire établir légalement le lien biologique qu'il a avec lui, et dont on peut imaginer qu'il se passerait justement volontiers ? Nul n'est besoin de rappeler que la responsabilité n'a pas qu'une fonction réparatrice, mais elle a encore une fonction normative, puisqu'en déterminant les comportements susceptibles d'être sanctionnés, elle renvoie à ceux qui auraient dû être adoptés. Or, il n'est peut-être pas incongru de s'interroger sur le sens d'une faute qui ne serait constituée, à l'égard de l'enfant, que par l'amputation d'une partie de son état civil, d'autant plus que les trois précédentes difficultés présentées qui étaient soulevées par une telle faute montrent qu'elle ne peut s'insérer logiquement, en l'état actuel de notre droit positif, dans le corpus de règles relatives à la filiation.

Bien conscients de cette faiblesse normative, les commentateurs des décisions ayant eu à trancher en la matière ont insistés sur le caractère volontaire de cette faute, en relevant l'importance de l'adverbe « délibérément » dans les motifs exposés par les juges⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ TGI Lille, 6 mai 1996, préc. où Xavier LABBEE relève que c'est « parce qu'un individu a délibérément engendré un être qui sera nécessairement, du fait même de la loi, amputé à sa naissance d'une partie de ses « droits », [qu'il] sera susceptible de voir sa responsabilité engagée envers l'enfant à sa naissance ».

Précisément, ils ont indiqués que le fait de placer l'enfant dans une situation telle qu'il ne pourrait légalement pas être lié à ses deux parents biologiques était fautif parce que ce fait était *délibérément* accompli. C'est ce qui permet de fonder l'originalité de cette faute qui ne peut donc pas être celle de tous parents ayant des difficultés quelconques propres à pouvoir peser sur la vie de leurs enfants, puisque ces difficultés sont aléatoires. C'est aussi ce qui permet d'écarter du champ de cette faute la mère de l'enfant qui, bien qu'ayant mis l'enfant au monde, n'a par définition pas choisi de le confronter à une telle amputation de son état civil, puisque la conception s'est faite au moment d'un rapport qui n'a pas été consenti.

529. Or, l'artificialité de ce caractère délibéré de la faute commise à l'égard de l'enfant ne tarde pas à apparaître. S'il est bien certain que ce qualificatif peut et doit être appliqué au délit commis contre la mère, sa transmission à celui commis contre l'enfant est douteuse. Il est évidemment peu probable que l'auteur d'un viol ou d'un viol incestueux ait souhaité, par l'accomplissement de son crime, procréer, ou même qu'il ait envisagé que la procréation potentielle puisse aboutir pour l'enfant à une impossibilité légale d'établir son lien de filiation paternelle. Dans les affaires qui ont été jugées par la Cour de cassation en 2010⁷¹⁰, Ce critère de la faute aurait été complètement relégué à un plan plus secondaire. Si cette solution devait se maintenir, et quoique l'on perde avec elle certains des éclaircissements que l'on aurait pu gagner sur les fondements de cette faute, cela se justifierait eut égard à l'absence probable de volonté pour l'auteur du viol ou du viol incestueux non seulement de concevoir un enfant, mais encore de le concevoir pour le confronter à l'incomplétude de son état civil.

530. Ce qui avait peut-être inspiré les juges du fond qui insistaient sur le caractère délibéré de la faute du père de l'enfant conçu en de telles circonstances, était peut-être encore la trace de sa faute à l'égard de la femme qui a été sa victime. Le viol ou le viol incestueux a bien été le résultat d'un passage à l'acte délibéré, et cet acte a pour conséquence ordinaire la naissance prochaine d'un enfant. Mais alors, il faut dire que la confusion entre naissance et circonstances de la naissance n'est plus loin⁷¹¹. Et c'est cela aussi

⁷¹⁰ Crim, 23 septembre 2010, deux affaires préc.

⁷¹¹ Cette question se pose de façon plus nette dans l'étude du préjudice subi par l'enfant dont la conception est entourée de telles circonstances, mais puisque la faute lui répond, il n'est pas interdit de songer dès à présent à ce qu'elle implique. La conception d'un enfant peut-elle être en soi fautive ? Ou plus exactement, peut-on jamais commettre une faute lorsque l'on conçoit un enfant ? C'est bien à cette interrogation que l'on

qui justifierait que l'on occulte davantage ce caractère volontaire de la faute commise par l'auteur d'un viol ou d'un viol incestueux lorsque l'on examine ce qui la constitue vis-à-vis de l'enfant. En effet, si la faute de cet homme repose sur la volonté qu'il a eue de mettre un enfant au monde alors qu'il le savait condamné à ne pas pouvoir bénéficier d'une filiation légale « complète », c'est qu'il est responsable au nom même de sa paternité, et cela ne peut être satisfaisant.

Il n'en demeure pas moins que même si l'on n'insistait plus sur l'aspect volontaire de la faute de celui qui conçoit un enfant en violant une femme, qu'elle soit de sa famille ou non, en la définissant simplement comme l'action de placer un enfant dans une situation de filiation lacunaire, cette faute reste problématique pour toutes les raisons indiquées.

531. C'est ainsi que ces apories de la définition actuelle de la faute du père d'un enfant conçu en de telles circonstances conduisent à en rechercher une autre, ou du moins à s'interroger sur la possibilité de la préciser. Au plan procédural, c'est parce qu'il y a eu faute pénale à l'égard de la mère qu'une action civile de celui qui en a directement souffert est possible. La faute de l'auteur du viol ou du viol incestueux réside donc bien essentiellement dans ce crime. Cela est acquis.

Mais si une responsabilité civile se superpose à la responsabilité pénale, c'est bien parce que l'on admet que cette faute touche tout particulièrement l'enfant⁷¹². Il est important d'insister sur le fait que la faute n'a pas à être double pour que la responsabilité civile existe en sus de la pénale, mais il s'agit plutôt de prétendre que, dans ce cas particulier, la faute initiale de celui qui est le père, ou du moins le géniteur⁷¹³, de la victime à laquelle on s'intéresse ici se développe d'une façon spécifique. Ce visage singulier que revêt la faute quand elle ne lie plus l'auteur du viol ou du viol incestueux à la femme qui en est victime,

devrait pouvoir répondre en définissant la faute de l'homme qui viole une femme, inconnue ou de sa famille, et qui, par là, devient le géniteur d'un enfant.

⁷¹² Et elle le touche certes puisqu'il en est issu ! C'est par euphémisme pratiquement que les juridictions lui appliquent les articles 2 et 3 du code de procédure pénal.

⁷¹³ Cette précision peut être d'importance. En effet, on peut se demander assez légitimement dans quelles mesures le violeur de sa mère est un père pour l'enfant, d'autant que cet homme est sans doute moins qu'un autre disposé à jouer ce rôle auprès de l'enfant. Cela nous semble abonder encore dans le sens d'une forme d'impasse normative de l'idée selon laquelle la faute de cet homme serait de priver un enfant, par avance, du « droit » de faire établir sa filiation paternelle de sorte qu'elle soit conforme à une réalité biologique malheureuse. Cet homme n'est sans doute pas plus le père de l'enfant envers qui il se trouve responsable que celui qui est le tiers donneur d'une procréation médicalement assistée... Le parallèle entre ces deux situations avait déjà été fait par Xavier LABBÉE dans la note qu'il a consacré à la décision prise par le TGI de Lille, le 6 mai 1996, préc.

mais un homme à l'enfant qui est issu de cette relation non consentie s'avère difficile à identifier et la solution qui est l'actuelle n'est qu'un pis aller.

532. En assumant plus expressément l'idée que **son origine soit bien à rechercher dans le crime commis à l'égard de la mère de l'enfant**, il y aurait pourtant peut-être une piste à suivre pour le rendre plus reconnaissable. En effet, au lieu de dire que la faute est d'avoir placé l'enfant dans une situation le privant de la possibilité d'établir sa filiation paternelle biologique, il serait peut-être possible de poser le fait selon lequel cette faute est d'avoir conçu l'enfant à l'occasion d'une violence criminelle. L'impossibilité de la filiation paternelle n'est qu'une conséquence de cette faute.

On peut néanmoins assez aisément comprendre que la faute ne soit jamais posée ainsi dans les décisions ayant eu à décider de la possibilité d'indemniser l'enfant né dans de telles circonstances. Accepter que la faute réside dans la conception, c'est peut-être ouvrir la voie à la question fatidique de la possibilité d'admettre que la venue au monde d'un enfant puisse être un mal condamnable. Il est pourtant peut-être possible d'éviter ce précipice en distinguant bien la naissance des circonstances de la conception. De cette manière, la faute de l'homme coupable d'un viol ou d'un viol incestueux n'est pas, envers l'enfant qui en est issu, de l'avoir engendré, mais de l'avoir engendré *ainsi*. Ce sont les circonstances qui sont capitales dans l'identification de cette faute, et ces circonstances sont toutes entières dans le crime original commis contre la mère.

533. En conclusion sur ce point, *la faute de l'homme qui a violé une femme, qu'elle soit ou non de sa famille, et qui a par ce crime engendré un enfant, est coupable à son égard, non pas de l'avoir conçu pour le confronter à une filiation légale incomplète, mais de l'avoir conçu en violentant sa mère*. En adoptant une telle définition de la faute, il serait possible de comprendre en quoi elle peut susciter une réparation spécifiquement due à l'enfant, sans être pour autant autonome vis-à-vis de la faute pénale commise à l'encontre de la mère.

II. LE LIEN DE CAUSALITE ET LA QUESTION DU ROLE DE LA MERE

534. Les questionnements qui ont été soulevés par la définition de la faute ne sont pas sans retentissement sur ceux qui peuvent apparaître dans l'étude du lien de

causalité. En effet, la causalité qui doit unir cette faute au préjudice de l'enfant doit, elle aussi, appeler quelques remarques complémentaires, qui ne sont pas sans démontrer qu'il ne peut être conçu sans tenir compte de la particularité de la situation dans laquelle il intervient.

Elles concernent toujours le rôle causal de la mère dans l'engagement de cette responsabilité, et démontrent encore que les définitions actuelles des fautes et préjudices entre lesquels la causalité se noue doivent être précisées (A). L'entourage est également parfois recherché comme pouvant avoir un rôle causal dans l'actualisation du préjudice de l'enfant né d'un inceste (B).

A. La faiblesse de l'argument tiré de l'intervention causale de la mère dans la naissance préjudiciable de l'enfant.

535. Ce lien de causalité a pu faire l'objet de critiques en ceci qu'entre le moment de la conception et celui de la naissance, la mère aura fait le choix de mener sa grossesse à terme⁷¹⁴. Sa décision serait donc au moins autant la cause du préjudice de l'enfant que l'action malveillante du père⁷¹⁵, et la responsabilité actuellement retenue serait alors bancal, parce qu'elle ferait peser son poids sur un homme qui, en commettant un tel crime, ne serait pourtant pas le seul à avoir placé l'enfant dans une situation dommageable.

Néanmoins cet argument paraît devoir être écarté assez rapidement, et ce pour deux raisons au moins.

536. Dès l'instant qu'il est admis d'une part que la théorie de l'équivalence des conditions a la faveur des juges et d'une large majorité de la doctrine ailleurs en droit de la responsabilité civile, on voit mal pourquoi, même en admettant que la mère soit aussi « responsable » que le père, on ne pourrait pas engager la responsabilité du père seul⁷¹⁶.

⁷¹⁴ C'est Alain SERIAUX encore qui a relevé ce point, dans la note qu'il a réservé à la décision rendue par la cour d'appel de Caen, le 7 novembre 2000, J.C.P.G. 2002, II, 10 001.

⁷¹⁵ On doit percevoir dès maintenant que cette critique repose sur une confusion du préjudice qu'il s'agit de réparer ici. En effet, le choix de la mère ne peut être un fait causal du préjudice de l'enfant que si l'on définit ce dernier comme résultant de sa naissance. Or, ce sont les circonstances de la naissance qui fondent ce préjudice, et le moment de la conception est justement ici malheureusement lié seulement à l'action malveillante du père. Pour une étude du préjudice plus précise, voir *infra*.

⁷¹⁶ En recherchant la causalité adéquate, le viol commis par le père force la décision de la mère, pour qui la question d'avoir ou non un enfant ne saurait se poser en des termes comparables à celle qui porte sur le fait de savoir s'il faut interrompre sa grossesse une fois qu'elle a commencé. De cette façon, il serait sans doute possible de faire peser la totalité de la responsabilité sur le père, mais cela n'irait pas sans poser certaines difficultés.

Notons tout de même que l'idée d'un partage de responsabilité demeure assez choquante et que celui qui impose des relations sexuelles, incestueuses ou non, à une femme qui met ensuite au monde au enfant, serait mal placé pour tenter une action récursoire contre elle, au motif que les dommages et intérêts qu'il aurait payés à l'enfant ne lui incomberaient pas dans leur totalité.

537. D'autre part, et en admettant que les analyses notamment menées par Sériaux⁷¹⁷ sont valables pour les définitions données dans la jurisprudence actuelle en la matière, **l'idée d'un lien de causalité trop lâche dans ce type de responsabilité peut être contestée dans une autre mesure** où il faudrait, dans le lien causal, tenir compte de ce que la mère n'a fait que s'abstenir d'agir contre la naissance prochaine de son enfant. La causalité n'est-elle pas plus déterminée par l'action criminelle du père que par l'absence d'action de la mère ? Outre le fait, capital néanmoins, que la prise en compte du comportement de la mère dans le lien de causalité unissant son viol au préjudice subi par l'enfant qui, dans cette idée d'un relâchement du lien de causalité, est tronqué, revienne à poser des cas dans lesquels « il vaudrait » mieux mettre un terme à sa grossesse, ce qui serait parfaitement scandaleux, on peut plus prosaïquement s'interroger sur l'abstention, certes non fautive⁷¹⁸, mais au moins responsable, de la mère qu'il faut bien considérer pour diviser le lien de causalité entre elle et son bourreau.

Il est certain qu'une abstention peut engager la responsabilité lorsqu'elle est considérée comme fautive, mais ici, il est tout aussi certain que cela ne peut être une faute pour une femme que de vouloir mettre au monde l'enfant qu'elle porte, quand bien même devrait elle le faire suite à un crime commis contre elle. Il s'agit donc d'une abstention non

⁷¹⁷ Alain SERIAUX, note préc. A l'occasion d'une comparaison entre cette jurisprudence et les affaires du type « Perruche », l'auteur relève « un égal relâchement du lien de causalité ». En effet, il indique que l'enfant a « été conçu à la suite du viol, mais cette conception aurait tout aussi bien pu avoir lieu sans ce viol au même moment et entre les mêmes personnes. A ces deux parents, la petite fille ne doit, à égalité, ni plus ni moins que la vie. À jouer indéfiniment sur le registre du préjudice dû au viol, l'on finirait d'ailleurs par découvrir que le comportement de la mère, qui aurait pu parfaitement interrompre sa grossesse en toute légalité, s'avère tout autant, sinon davantage, « en lien avec les faits » que celui du père », p. 32.

⁷¹⁸ On peut encore penser à l'étude d'Alain POUSSON, sur « Le non exercice fautif des droits subjectifs », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, P.U.S.S.T, 1996, p. 563 à 594. Quoique l'on puisse contester la qualification de droit subjectif pour ces droits « familiaux », et plus encore sans doute pour la possibilité d'avorter, cette analyse envisageait la possibilité de trouver la source de la responsabilité dans une abstention d'exercer un droit. Nous avons vu en effet que cela pouvait fonctionner dans la reconnaissance d'une responsabilité du père qui ne reconnaît pas son enfant d'une façon abusive (voir *supra*). Mais justement en cette occasion, il était apparu que c'était sous l'angle de l'abus de la liberté de s'abstenir d'agir que la responsabilité pouvait surgir. Si l'on tente de transposer une telle vue à la situation de la femme violée qui mène sa grossesse à terme, il paraît de bon sens de ne pas pouvoir considérer qu'elle aurait abusé de sa liberté de mettre au monde ou non un enfant. En toute rigueur, et pour se conformer à un rapprochement qui a souvent été opéré en doctrine entre cette situation et l'enfant né handicapé, ce constat est tout autant valable lorsque l'on étudie la question de son indemnisation éventuelle. C'est ailleurs qu'il faut trouver l'origine de la responsabilité qui est alors engagée.

fautive, mais, semble-t-il, causale. À bien y penser cependant, même cet aspect causal de l'absence d'action de la mère est contestable. Cette abstention participe, causalement, à la naissance de l'enfant, mais pas au caractère particulier de la conception. La causalité peut alors n'être « relâchée » que si la faute est seulement d'avoir sciemment mis au monde un enfant qui ne pouvait qu'être ensuite confronté aux difficultés de sa filiation, et que si le préjudice est bien pour lui d'être *né* dans ces circonstances.

538. Or, la responsabilité retenue contre le père à l'égard de cet enfant ne paraît pas pouvoir être composée de tels éléments. Il faut donc encore une fois retenir plutôt une définition de la faute basée sur la façon dont l'enfant a été conçu, afin de rendre impossible toute idée de partage des responsabilités entre le père et la mère. Si la causalité peut être considérée comme contestable au sens où elle n'unirait pas assez solidement l'auteur du crime et père au préjudice de l'enfant, ce n'est donc, semble-t-il, qu'au prix d'une conception de la faute, et partant du préjudice subi, qui ne peut résister à l'analyse.

Il apparaît donc que la remise en cause du lien de causalité dans ces affaires pour lesquelles il fallait déterminer si l'on pouvait indemniser l'enfant en raison des circonstances particulières de sa conception, ne peut se fonder valablement sur le choix de la mère de mettre son enfant au monde. Mais, les auteurs ont mis en lumière un autre aspect par lequel on pouvait rattacher le préjudice de l'enfant plutôt à son attitude qu'à celle de l'homme qui l'a violée.

B. L'admission contestable d'une responsabilité de l'entourage dans l'évocation « douloureuse » des circonstances de la naissance

539. En effet, lorsque les juridictions ont noté que l'enfant subissait un préjudice moral parce qu'il aurait, inévitablement, à souffrir de l'évocation des conditions de sa conception⁷¹⁹, **la doctrine a eu tendance à souligner qu'alors, c'était bien davantage la**

⁷¹⁹ TGI Tulle, 10 avril 1998, préc. : Le préjudice de l'enfant est « tant moral que psychologique et biologique » ; Paris, 25 juin 1999, préc. : Le préjudice de l'enfant issu d'un viol incestueux est « constitué par le « désinvestissement » de sa mère et son « éloignement », son placement à l'aide sociale pour l'enfance et par l'impossibilité d'établir sa filiation paternelle » ; Caen, 7 novembre 2000, préc. : Le préjudice de l'enfant né du viol de sa mère est « constitué par le caractère nécessairement douloureux que prendra l'évocation de sa conception et de sa naissance » ; Grenoble, 29 juin 2005, préc. : « La faute a aussi empêché toute recherche en paternité et donc construction identitaire par M. Bruno G.G, tant à l'égard de M. Jean G.G que de la mère qui n'a

réaction de l'entourage, et plus particulièrement celle de la mère, qui causait le préjudice, que l'action du géniteur de l'enfant. C'est à nouveau en partant du préjudice que le lien de causalité se déporte de l'auteur du crime vers la mère de l'enfant. En effet, si son préjudice est tel qu'il sera amené à souffrir du rejet de sa mère ou au moins de sa souffrance, alors c'est elle qui par son attitude tient entre ses mains l'existence même du préjudice de son enfant. Lorsque l'enfant souffre des circonstances de sa conception, ce serait parce que sa mère en souffre aussi, et c'est elle, alors, qui deviendrait la source causale de son dommage. Comme toujours, la responsabilité renvoie à une affaire de liberté et de déterminisme, qui doit ici être mise en relation avec le premier angle sous lequel d'aucuns ont pu envisager une égale relation causale de l'action du père et de l'abstention de la mère avec le préjudice subi par l'enfant :

540. Soit la mère était libre, cette vie née en elle suite au traumatisme de l'agression, de ne pas aller au bout de cette grossesse indésirable, et elle porte alors la responsabilité de faire peser ce traumatisme initial sur l'enfant qui est finalement venu au monde. Cette conception a ceci de provocateur qu'elle renverrait à l'idée qu'il appartiendrait à la mère de faire « la part des choses », et de ne pas reporter son traumatisme sur l'enfant qu'elle a porté. Cela est d'autant plus sévère pour elle que dans les affaires où sont spécifiquement relevés les manques de relations affectives entre elle et son enfant, c'est aussi parce que, mineure, elle avait dû être confiée aux services de l'aide sociale à l'enfance⁷²⁰.

541. Soit elle ne l'a été à aucun moment, de la conception qui est évidemment ici toujours le fruit d'une violence qui lui est faite, à la gestation et à l'accouchement, jusqu'à ses relations avec l'enfant une fois qu'il est né. Dans cette vue, il pèserait sur elle un déterminisme total, suivant lequel elle devait mettre au monde cet enfant sans pouvoir pour autant le préserver des difficultés psychologiques qu'il devrait affronter en comprenant que sa mère ne l'avait pas désiré à l'origine. C'est bien ainsi que le conçoivent les juges qui constatent ce préjudice moral et le rattachent entièrement pourtant au crime commis par le

pas pu créer de liens affectifs avec son fils (...). M. Bruno G.G a subi un préjudice moral depuis sa naissance constitué par la privation, puis la perte effective de tous liens avec sa mère en raison des placements des deux enfants causés directement par la procédure pénale et de la condamnation qui en a suivie » ; Crim, 23 septembre 2010, préc. : L'enfant né d'un viol incestueux subit un « traumatisme lié à la connaissance qu' [il] aura de ces faits en grandissant (...) ».

⁷²⁰ C'est très clairement le cas dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Grenoble le 29 juin 2005, préc.

père. L'oblitération du lien causal entre le comportement de la mère et le préjudice de son enfant passe donc par l'idée qu'elle ne pouvait avoir d'autre attitude vis-à-vis de lui.

Ce déterminisme total que semble soutenir la jurisprudence actuelle en matière d'indemnisation due à l'enfant en vertu des circonstances particulières de sa naissance est *a priori* corroboré par le caractère systématique de la reconnaissance d'un préjudice moral de l'enfant, qui est le plus souvent associé à la difficulté des constructions affectives avec la mère.

Tout paraît se passer comme si, en plus de l'impossibilité d'établir la filiation paternelle, le crime originel ne pouvait qu'abolir toute possibilité de relations filiales entre la mère et l'enfant. Au niveau de la causalité qui doit être établie entre l'acte dommageable et le préjudice, cette solution permet effectivement de faire de la mère de l'enfant un agent « neutre », qui s'efface, pour laisser peser la totalité de la responsabilité sur le père, auteur d'un crime.

III. LA NATURE PROBLEMATIQUE DU PREJUDICE DE L'ENFANT **ISSU D'UN VIOL INCESTUEUX**

542. Sans minimiser l'importance de ces questions, les obstacles ayant trait au préjudice de l'enfant en lui-même ont paru intéresser davantage la doctrine. Il convient tout d'abord de poser qu'en plus d'un préjudice par ricochet « classique », puisqu'il souffre du mal fait à sa mère, l'enfant peut aussi se prévaloir d'un préjudice propre, pourvu qu'il soit la conséquence directe du crime qui initie la sanction pénale à laquelle doit se greffer sa demande d'indemnisation⁷²¹.

Il faut ensuite évoquer, au moins rapidement, les interrogations relatives à la personnalité juridique de la victime. En effet, l'enfant conçu lors d'une relation incestueuse imposée, invoque bien un préjudice lié à des événements survenus avant sa naissance⁷²². Il

⁷²¹ Signalons d'ailleurs pour rappel que lorsqu'une action civile est exercée devant une juridiction répressive, l'existence du dommage, qui doit en outre être personnel, et bien évidemment directement causé par l'*infraction*, est une condition de recevabilité de l'action avant même d'être une condition de son bien-fondé.

⁷²² Pour rappel, la jurisprudence refuse de qualifier d'homicide involontaire le fait de causer la mort d'un fœtus, au motif justement que la légalité des délits et des peines interdit que l'on condamne sous ce chef celui qui en fait n'a pas tué une personne dotée de la personnalité juridique. Cf. Crim, 30 juin 1999, D. 1999, p.710, note Daniel VIGNEAU ; D. 2000, p.181, note Gabriel ROUJOU DE BOUBEE et Bertrand DE LAMY ; D. 2000, p. 27, note Yves MAYAUD ; D. 2000, p.169, note Christine DESNOYER et Laurent DUMAINE ; Dr.

n'est donc pas encore une personne au moment où celui qui est son géniteur commet son forfait. En vertu d'une application classique de la théorie de l'*infans conceptus*, néanmoins, on sait que l'enfant peut tout à fait réclamer l'indemnisation d'un préjudice antérieur à sa naissance (B), à la condition qu'il naisse ensuite vivant et viable⁷²³ (A).

A. Précisions sur la personnalité juridique de l'enfant qui réclame l'indemnisation d'un préjudice lié aux circonstances de sa naissance

543. Néanmoins, si la Cour de cassation a pris la peine d'indiquer expressément que cette théorie devait trouver à s'appliquer normalement ici, c'est parce qu'un doute pouvait subsister dans la mesure où dans ces cas de figure on pourrait être contraint de rechercher avec plus de précision le moment de la conception véritable. Le crime est au moins commencé avant la conception, et pour que l'enfant puisse techniquement invoquer un préjudice provoqué par lui, il faudrait en principe qu'il soit a minima concomitant d'elle. Cette question ne se pose pas en vérité dans les autres cas où la théorie de l'*infans conceptus* est appliquée : en effet ce n'est habituellement jamais l'acte même de la procréation qui fonde une responsabilité due à l'enfant. Il y a bien en l'espèce une interprétation extensive, mais pas absurde, du fameux adage⁷²⁴.

Une fois ces premiers aspects du préjudice dont peut se prévaloir l'enfant issu d'un viol ou d'un viol incestueux dégrossis, il reste à tenter de qualifier plus précisément la nature de ce préjudice.

B. Nature des préjudices identifiés

544. Il existe deux façons d'identifier le préjudice subi par l'enfant né d'un viol incestueux, qui présentent toutes deux des difficultés majeures. D'une part, l'analyse de

Pén. 2000, p.4, note Michèle-Laure RASSAT ; L.P.A, 17 novembre 1999, note Frédéric DEBOVE. Cf. également sa confirmation par Ass. Pl. 29 juin 2001, D. 2001, p.291, note Yves MAYAUD ; D. 2001, p.2907, note Jean PRADEL ; RTD civ. 2001, p.560, note Jean HAUSER ; RSC 2002, p. 97, note Bernard BOULOC ; RDSS 2001, p.829, note Aline TERRASSON DE FOUGERES.

⁷²³ Pour l'indemnisation d'un handicap de l'enfant causé par un accident de voiture survenu durant la grossesse de la mère, voir Civ. 2^{ème}, 21 juin 1989. La solution est donc bien acquise.

⁷²⁴ Amandine CAYOL consacre quelques développements sur ce point précis dans la note qu'elle a consacré à l'étude de l'un des deux arrêts rendu par la Cour de cassation le 23 septembre 2010, préc.

ce préjudice se fait parfois sous l'angle de l'impossibilité pour l'enfant d'établir sa filiation à l'égard de ses deux parents (1), et cela pose alors des problèmes comparables à ceux que soulevait déjà l'identification de la faute sous cet angle⁷²⁵. D'autre part, le préjudice de l'enfant est parfois associé, sans que cela soit explicitement posé, à la naissance elle-même (2), ce qui ne peut que renvoyer aux apories de l'« affaire Perruche »⁷²⁶.

1. *Le préjudice issu de l'impossibilité pour l'enfant d'établir sa filiation à l'égard de son père et de sa mère*

545. Une partie au moins du préjudice semble découler systématiquement du fait que l'enfant issu d'un viol incestueux ne pourra pas faire établir son lien de filiation à la fois à l'égard de son père et à l'égard de sa mère⁷²⁷. Si ce point soulevait des difficultés quant à la définition de la faute de l'auteur du viol ou du viol incestueux⁷²⁸, qui est plus fuyante, il est moins contestable qu'il soit au moins l'une des composantes du préjudice dont l'enfant demande réparation.

Or, au-delà de la certitude que l'on a de l'existence de ce premier élément constituant le préjudice de l'enfant que l'on souhaite pouvoir réparer par le biais de l'engagement d'une responsabilité, on peut se demander s'il est suffisant pour caractériser la situation fondant la responsabilité. En effet, il existe d'autres situations dans lesquelles le préjudice sera

⁷²⁵ Cf. *supra*. p. 297.

⁷²⁶ Cf. Daniel MOYSE, « Pour dépasser vraiment l'arrêt Perruche », PUIGELIER C. (dir.), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles Bruylant, 2012, p. 1087 à 1097

⁷²⁷ Article 310-2 du code civil : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». Si certains auteurs contestent la légitimité de cette règle qui constituerait une forme de sanction dirigée contre l'enfant, et qui serait la transcription quelque peu hypocrite d'un tabou social, puisque si l'enfant issu d'un inceste n'est pas officiellement le fils de son père, en est au moins le petit-fils ou le neveu. Voir par exemple Xavier LABBÉE, dans la note qu'il a consacré à la décision rendue par le TGI de Lille, le 6 mai 1996, D. 1997, Jur. P. 543 : « Sans doute le lien de filiation incestueuse ne peut-il être établi envers les deux auteurs car il révèle un scandale (...). Mais la prohibition n'est-elle pas relative et finalement hypocrite ? Si l'enfant ne peut avoir qu'un parent par le sang, il n'est pas pour autant officiellement étranger de l'autre. (...) On aurait pu imaginer que l'enfant incestueux fut écarté de la famille de son seul auteur : Or cela n'est pas dit. L'enfant de l'inceste « père-fille » ne peut-il hériter de son père biologique, grand-père juridique ? La réciproque n'est-elle pas vraie ? Et ne peut-on imaginer qu'il effectue, contre celui qui est officiellement le père de sa mère, une demande d'aliments (sanction du lien de parenté) sur le fondement des articles 205 et 207 c. civ. Dans l'hypothèse où la mère ne remplirait pas son obligation alimentaire ? », p. 545. Xavier LABBÉE signale qu'en outre la constitution d'une sorte de famille autour de l'enfant incestueux peut être le fruit d'un détournement de l'adoption simple ou d'une action à fins de subsides. Enfin, ajoutons que si le parent biologique ne peut reconnaître son enfant, il est possible pour lui d'avoir une autre filiation, qui sera donc biologiquement fautive, mais peut-être socialement plus acceptable. Le concubin de la mère par exemple aura recours à une reconnaissance mensongère, dont il ne sera pas coupable à moins qu'il ne la conteste ensuite (Cf. *supra*)

⁷²⁸ Voir *supra*. p. 331.

strictement identique si l'on s'en tient là, et qui pourtant ne peuvent permettre à l'enfant d'obtenir aucune réparation.

Cela implique donc que l'on définisse aussi précisément que possible la nature du préjudice invoqué qui n'a pas été sans rappeler, sous certains de ses aspects, les spectres de l'affaire Perruche⁷²⁹, et qui peut également souffrir de la comparaison qui doit s'établir entre lui et celui de l'enfant issu d'un inceste entre personnes consentantes, ou encore celui de l'enfant sans filiation paternelle légale correspondante à la biologique, comme c'est le cas notamment dans l'hypothèse d'une insémination artificielle avec tiers donneur.

546. En effet, il existe d'abord un doute sur l'éventuelle indemnisation que pourrait demander un enfant à celui qui a eu des relations incestueuses avec sa mère alors que celle-ci y consentait. Dans la mesure où elle ne pourra alors tenter aucune action pénale⁷³⁰, l'enfant ne pourra non plus se fonder sur l'article 3 du Code de procédure pénale comme il pouvait le faire lorsque sa mère avait dû subir une relation sexuelle imposée par un membre de sa propre famille.

⁷²⁹Tout le monde connaît désormais les faits qui ont été jugés par la Cour de cassation le 17 novembre 2000 : le jeune Nicolas Perruche avait été contaminé in utero par la rubéole. Sa mère, inquiète à ce propos durant sa grossesse, parce que sa fille avait contracté cette maladie, a fait réaliser des analyses par un laboratoire, qui avait rendu un diagnostic erroné. La mère n'a donc pas été correctement informée, alors que si elle avait connu l'état de handicap dans lequel son enfant devrait vivre, elle aurait fait le choix d'interrompre sa grossesse. Les parents de Nicolas ont donc intenté une double action, pour la réparation de leur préjudice d'une part, qui été assez facilement admis devant les juridictions, quoique l'on puisse au fond sans dire que l'I.M.G ne peut être considérée comme absolument certaine, puisque la mère aurait pu, en étant confrontée à ce choix, opter finalement contre ce qu'elle présume, et pour la réparation du préjudice de leur enfant d'autre part. C'est ce préjudice qui interroge le plus car la rubéole une fois contractée ne peut être guérie. Ainsi, l'enfant n'aurait pas pu être soigné et la question s'est posée avec une acuité pressante de savoir si l'on pouvait dignement indemniser un enfant au motif qu'il aurait mieux valu pour lui ne pas naître du tout que de naître avec de telles pathologies. Un auteur notamment parle de la perte d'une chance de ne pas naître (Dominique FOLSCHIED, « Autour de l'affaire Perruche. Diversité des approches, unité des points de vue », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Catherine PUIGELIER, Bruylant, Bruxelles, 2012, p.477 à 492). Indiquons d'emblée que nous pensons que le parallèle qui est fait entre cette décision et celles qui font l'objet de notre étude ici doit être relativisé.

⁷³⁰Certains auteurs ont regretté cette « insouciance » du droit à l'égard du tabou fondateur de l'inceste, qui ne peut en effet être pénalement sanctionné, du moins lorsqu'il est accompli entre personnes majeures, que s'il est rattaché à un autre délit, tel que le viol, l'agression sexuelle ou l'atteinte sexuelle. Il devient alors une circonstance aggravante. Telle était par exemple la position d'Annick BATTEUR, dans son article sur « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », in *RTD civ* (4), octobre-décembre 2000, p.759 à 780. L'introduction de l'inceste dans le Code pénal qui a été opérée par la loi du 8 février 2010 est en fait relative, puisque, par rapport au droit antérieur, elle ne fait que permettre une meilleure prise en considération de l'inceste commis contre un mineur, ce qui constitue déjà une avancée, mais peut-être pas suffisante pour poser fermement l'interdit de l'inceste en droit. En effet, cette réforme protège le mineur victime par le biais d'une plus large acception de son absence de consentement, et pas directement par la qualification d'inceste ; dès lors que la victime est mineure, on considérera qu'elle n'a pu consentir à la relation sexuelle que lui aura imposée un membre de sa famille, et c'est en cela que l'inceste sera réprimé. Le principe selon lequel l'inceste consenti n'est pas un délit persiste donc toujours. Cf. Delors GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », in *RSC*, juillet/ septembre 2010, p.599 à 611.

Pourrait-il alors se fonder sur la responsabilité civile de droit commun⁷³¹ ? La question n'a pas, à notre connaissance été traitée par la jurisprudence.

Peut-être pourrait-on néanmoins imaginer que l'enfant soit alors traité pratiquement comme celui qui n'a tout simplement pas de filiation paternelle établie, alors même que ce dernier ne peut, en principe, justement pas exiger de son père qu'il le reconnaisse. Ce principe a pu supporter quelques atteintes dans certaines circonstances particulières où la responsabilité civile du père biologique a bien été engagée⁷³². Et ce sont bien les circonstances particulières de la conception de l'enfant incestueux qui fondent son droit à réparation. Il n'y aura donc pas *a priori* d'obstacle théorique à admettre que les juges octroient une indemnité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil à l'enfant né d'un inceste commis sans contrainte, comme ils le font déjà de façon exceptionnelle pour certains enfants privés de filiation paternelle alors que leur père biologique s'est d'une manière ou d'une autre fait connaître.

547. Pourtant, la pertinence d'une telle possibilité d'engager la responsabilité civile de l'un des parents dans une telle situation doit être remise en cause, dès lors que le préjudice de l'enfant incestueux ne peut être alors que celui tiré de l'impossibilité légale d'établir sa double filiation biologique dans laquelle il aura été volontairement placé. Il ne peut en effet invoquer aucun préjudice moral lié à la violence dont il est issu. Quant au préjudice moral qui pourrait subsister, à cause de l'inceste qui conserve sa nature de tabou social majeur même lorsqu'il n'est pas commis sans l'accord de l'un des protagonistes, et qui serait pour l'enfant d'être confronté à des difficultés dans la construction de son identité, il sera lié aussi bien au comportement du père qu'à celui de la mère. Sauf à admettre que l'enfant puisse, une fois devenu adulte, engager la responsabilité de ses deux parents, en démontrant qu'il aura subi un préjudice moral particulier du fait de l'inceste dont il est issu –ce qui n'est certes pas inenvisageable, mais qui, de nouveau, réveillerait les démons de la réparation du préjudice de toute personne ayant souffert dans son enfance de telle ou telle condition de vie, il semble délicat de fonder la responsabilité sur ce préjudice moral en dehors de toute hypothèse de viol.

⁷³¹ Il pourra mener plus facilement une action à fins de subsides, qui vise assez expressément les cas dans lesquels la filiation est impossible à établir, mais cela n'interdit pas que l'on s'interroge, au moins théoriquement, sur la possibilité d'une action en responsabilité sur le fondement de 1382 C. civ.

⁷³² Cf. *supra* pour une étude précise des cas dans lesquels il semblerait que la jurisprudence admette qu'une responsabilité de celui qui ne reconnaît pas son enfant puisse être recherchée.

548. C'est finalement de nouveau l'absence d'autonomie de l'inceste en tant que délit, ou au moins en tant que situation anormale, qui se révèle en droit. Si l'inceste est consenti, alors il devient épineux d'admettre en droit que l'enfant puisse pâtir d'un préjudice moral, non pas parce qu'il n'est pas admis que cette situation est psychologiquement traumatisante, mais parce que ce traumatisme ne paraît pas pouvoir se distinguer assez nettement d'autres, simplement liés aux choix que font les parents au moment de la conception⁷³³.

Un préjudice certain se présente donc, mais qui échapperait à la sphère du droit au motif qu'il ferait en quelque sorte parti des poids avec lesquels chacun doit composer son existence. Il est étonnant qu'à l'heure où un nombre toujours plus grand de préjudices peuvent être « réparés », l'enfant qui est le fruit d'une union incestueuse ne puisse apparemment pas, parce qu'il agirait contre ceux qui l'ont aussi mis au monde, et parce que ses géniteurs ont tous deux souhaité, si ce n'est directement sa naissance, au minimum une relation propre à conduire à elle, soumettre sa peine aux canons de la responsabilité civile.

549. En outre, si l'on poursuit la comparaison établie entre la situation de l'enfant né d'un inceste commis entre adultes consentants et celle de l'enfant dont la paternité n'est pas établie parce que son père l'a refusée, il n'est pas certain non plus que l'on puisse retirer quelque avantage de l'engagement d'une responsabilité civile. Cette comparaison ne vaut que dans la stricte limite où les enfants se trouvent dans ces deux cas de figure privé d'une partie de leur état civil. Puisqu'effectivement l'enfant qui n'est pas né d'un inceste ne pourra que très exceptionnellement obtenir réparation de son préjudice, et encore la plupart du temps de manière tout à fait symbolique, et alors même que son père négligent le place bien, et pourquoi pas tout aussi volontairement, dans une situation telle qu'il ne pourra avoir de lien légal avec son père biologique, on peut douter de l'efficacité de l'indemnisation, demandée sur ce fondement, dont bénéficierait l'enfant né d'un inceste auquel sa mère aurait consenti.

⁷³³ On retrouve ici la critique qui avait été formulée par SERIAUX et que nous avons exposée au moment où l'analyse portait sur la nature de la faute commise par l'auteur du viol ou du viol incestueux : il indique qu'il serait obscur de tracer une frontière nette entre la souffrance morale que subit un enfant né d'une union incestueuse et celle d'un enfant né par exemple dans des conditions de misère sociale et matérielle. Adhérer sans réserve à ce raisonnement est impossible pourtant, compte tenu de la spécificité de l'inceste, qui d'abord est une détermination qui marquera l'enfant *ad vitam aeternam*, contrairement à la misère dont on peut se tirer, même au prix de difficultés. Ensuite, et surtout, l'inceste pose inévitablement des jalons de l'identité tronqués, alors que la misère, au moins quand elle n'est qu'économique, n'interdit pas un certain épanouissement de l'enfant. Cela est certes malheureusement moins vrai quand la misère est aussi sociale.

Même en admettant que cet enfant puisse théoriquement bénéficier, comme celui dont le père refuse l'établissement de la filiation, de la possibilité d'engager la responsabilité de son auteur, la réparation allouée serait alors d'une part d'un montant généralement faible, et surtout d'autre part, elle n'aurait que peu de valeur puisqu'elle ne pourrait ici venir en sus d'un établissement judiciaire de paternité. Ce dernier point est celui par lequel la comparaison des positions respectives de l'enfant dont l'état civil est incomplet parce que son père le rejette et de l'enfant dont l'état civil est incomplet parce qu'il est né d'une relation incestueuse trouve sa plus forte limite.

550. La responsabilité a-t-elle un sens ici si elle ne peut compléter l'établissement judiciaire d'un lien de paternité ? Par définition, l'homme qui commet l'inceste est aussi le grand-père ou l'oncle de l'enfant, mais il ne pourra pas être légalement son père, et la réparation à laquelle pourrait conduire l'octroi de dommages et intérêts sera d'autant plus dérisoire qu'elle perdra de sa valeur symbolique en ne posant pas aussi la paternité de celui qui est bien le géniteur de l'enfant.

Et cette difficulté pratique première se double de celle qui s'attachera à l'attitude de la mère, qui est bien ici tout aussi responsable du préjudice de l'enfant que le père, lorsqu'il est défini comme la privation de la possibilité de faire établir légalement la paternité de celui qui est son géniteur. On pourrait d'ailleurs dans ce cas de figure particulier imaginer que l'enfant possède une filiation paternelle légale, mais pas de filiation maternelle.

551. Techniquement donc, la justice n'aurait à connaître de ces circonstances particulières que si le père ou la mère de l'enfant, ayant pourtant accepté la relation incestueuse dont la conséquence nécessaire est de priver l'enfant d'un état civil « complet », intente une action, au nom de son enfant mineur, contre l'autre parent, ou bien que si l'enfant devenu majeur intente lui-même une action en réparation de son préjudice contre celui de ses deux parents biologiques qui n'est pas aussi son parent légal. L'action à fins de subsides est plus évidemment engagée dans ce type de situations, puisqu'elle permet justement de ne pas se demander qui est responsable du « manque » de filiation dont est victime l'enfant, mais de dire simplement que celui qui risque d'être le parent seulement biologique mais non légal de l'enfant a à assumer lui aussi son éducation.

L'intérêt de la responsabilité civile ne pourrait être trouvé ici que dans sa valeur normative, encore que le consentement de l'autre parent puisse la rendre moins utile dans

cette hypothèse où l'enfant aura subi un préjudice par l'égalité d'action de ses deux géniteurs. Ainsi donc si le viol sans l'inceste peut ouvrir, pour l'enfant, la possibilité de voir réparer son préjudice, encore que ce fut par le biais d'une action civile menée devant une juridiction pénale, il n'en va pas de même de l'inceste sans viol, qui est alors à la limite du « non droit », comme le dirait Carbonnier⁷³⁴, alors que c'est un tabou social que nul ne songerait finalement si libre dans notre législation.

552. Il est encore possible de comparer la situation de l'enfant issu d'un viol incestueux à celle de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur. En effet, comme certains auteurs⁷³⁵ l'ont fait remarquer, la concordance entre la filiation légale et le lien génétique est prohibée par la loi dans ces deux situations, qui sont encore comparables en ce que l'homme qui donne ses gènes n'est pas véritablement le père de son descendant. Ces points communs appellent une série de commentaires.

Sur l'impossibilité légale d'établir un lien de filiation entre l'auteur d'un viol incestueux et l'enfant issu de son méfait et sur celle qui touche pareillement le tiers donneur à une procréation médicalement assistée et l'enfant qui en sera né⁷³⁶, il serait éventuellement possible de se demander ce qui explique que l'on accepte l'existence d'un préjudice pour le premier enfant et pas pour le second.

Une différence de taille est que le second est destiné à avoir un père, qui certes ne sera pas son géniteur, mais qui jouera auprès de lui ce rôle, tandis que le premier ne trouvera pas nécessairement à ses côtés un homme pour veiller paternellement sur lui. On retrouve là, de façon un peu détournée, cette idée de préméditation de l'auteur du viol, qui s'oppose à celle de l'auteur du don et des parents bénéficiant d'une aide médicale à la procréation. Ces derniers prévoient non pas de placer l'enfant dans une position telle qu'il n'aura pas ses deux parents, mais au contraire de l'accueillir comme s'il était issu de leurs gènes, dès sa conception.

⁷³⁴ Jean CARBONNIER, « L'hypothèse du non droit », in *Le dépassement du droit*, A.P.D, Tome 8, 1963, p. 55 à 74.

⁷³⁵ Alain SERIAUX, note préc.

⁷³⁶ L'article 311-19 du Code civil dispose que : « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. ». Cette règle qui est posée en premier dans la section du Code civil consacrée à l'assistance médicale à la procréation, s'explique bien entendu par le fait qu'ici un père est déjà présent, ou s'il est défaillant, on le contraindra à assumer son rôle. Il fallait donc s'assurer que sa place de parent ne serait pas remise en cause. Ce principe se trouve renforcé encore par le second alinéa du même article, selon lequel : « Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur », et qui fait miroir à la disposition de l'article 311-20 al. 4, selon lequel « Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ».

A l'inverse l'auteur d'un viol incestueux ne pense sans doute pas à procréer, et est en tout état de cause censé savoir que si procréation il y a, alors elle ne pourra que mettre l'enfant dans une situation telle que son père biologique ne sera pas son père légal. Et d'ailleurs, l'auteur de ce crime se moque de savoir si un homme prendra sa place légale. Ces raisons conduisent à dire que la comparaison de ces deux situations où l'enfant est, par l'effet même de la loi, privé de la possibilité de voir son ascendant devenir son père aux yeux de tous, ne repose que sur une interprétation bien particulière de la jurisprudence rendue en matière d'indemnisation du préjudice de l'enfant lié aux circonstances particulières de sa conception⁷³⁷.

2. *Le préjudice issu de la naissance elle-même*

553. Enfin, le point qui a suscité le plus de commentaires en doctrine a été celui de la distinction, a priori peut-être artificielle, entre le préjudice d'être né et celui d'être né dans des circonstances telles que l'inceste ou le viol. Si les juges du fond avaient admis depuis 1996⁷³⁸ que l'on pouvait indemniser le préjudice moral de l'enfant incestueux qui, en raison des circonstances particulières de sa naissance ne pouvait pas faire établir son lien avec son père, c'est en 1998⁷³⁹ (deux ans donc avant l'affaire Perruche) que la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens. A chaque fois, les juges affirmaient que ce préjudice devait être distingué de celui qui serait tiré de la seule naissance, bien qu'en effet la seule alternative pour l'enfant soit de naître alors qu'il a été conçu ainsi, ou de ne pas naître du tout.

De prime abord, le parallèle avec les solutions appliquées en matière de responsabilité du médecin envers un enfant né handicapé est évident, et le paradoxe né de la divergence de traitement de ces deux situations n'en est que plus frappant. Alors que le conseil constitutionnel a affirmé la conformité du dispositif anti-perruche à la constitution⁷⁴⁰, en validant notamment le fameux principe selon lequel « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice

⁷³⁷ Il s'agissait pour Alain SERIAUX de dire que le préjudice de l'enfant était d'être privé d'une filiation « normale », *i.e.* d'une filiation légale conforme en tout point à ses ascendances génétiques, et il est vrai que la décision qui avait suscité son commentaire pouvait laisser penser que c'est ce qui avait guidé les juges dans leur raisonnement. Mais au vu des analyses que l'on a pu mener depuis, il ne semble plus que cela soit entièrement justifié.

⁷³⁸ TGI Lille, 6 mai 1996, D. 1997, Jur. p.543, note Xavier LABBEE, préc.

⁷³⁹ Cass. Crim., 4 février 1998, D. 1999, p.445, note Dorothée BOURGAULT-COUDEVYLLÉ ; RSC 1998, p.579, note Jean-Pierre DINTILHAC ; RTD civ., 1999, p.64, note Jean HAUSER.

⁷⁴⁰ Décision n°2010-2, QPC du 11 juin 2010, LPA, 29 juillet 2010, p.4, note Francis HAMON ; D. 2010, p.1976, note Daniel VIGNEAU ; D. 2010, p.1980, note Valérie BERNAUD et Laurence GAY ; Gaz. Pal, 14 octobre 2010, n°287, p.12, obs. Jacques-Antoine ROBERT et Sophie MAHE.

du seul fait de sa naissance »⁷⁴¹, d'aucuns ont suggéré que l'indemnisation allouée à l'enfant dont certaines circonstances tragiques entourent la conception ne se justifiait peut-être pas plus que celle que l'on refuse aux enfants nés handicapés, ou bien au contraire que c'est la réparation du préjudice des ces derniers que l'on n'avait plus aucune raison de rejeter dès l'instant que l'on accepte celle des enfants issus d'un viol ou d'un viol incestueux⁷⁴². Toutes les résistances qui avaient en fait été appliquées à l'affaire Perruche pourraient en fait trouver à s'appliquer aux cas qui sont étudiés ici.

554. L'identité des préjudices peut-elle cependant véritablement résister à l'analyse ? Peut-on véritablement considérer que les circonstances de la conception, qui certes aboutissent bien à la naissance, ne peuvent fonder aucune particularité de la situation de l'enfant né d'un inceste ou d'un viol incestueux, au motif que sa venue au monde ne pouvait être qu'à ce prix ? Non sans un certain cynisme, on devrait dire que pour rendre leurs situations parfaitement comparables il faudrait que l'enfant handicapé ait été conçu « pour » l'être, et encore doit-on tenir compte de ce que même des parents qui seraient certains, au regard de leur patrimoine génétique par exemple, que l'enfant qu'ils sont en train de concevoir devra vivre avec une santé défaillante, et qui refuseraient en conscience de ne pas faire appel aux possibilités qu'offrent la médecine d'éviter que l'inéluctable n'arrive, procréent assurément d'abord par amour, et non dans le seul but de confronter l'enfant aux souffrances liées à son état.

On pourrait aussi bien remarquer que la situation de handicap est un déterminisme en principe plus matériel et corporel, au sens où l'ensemble des difficultés qui ne manqueront pas de s'imposer à celui qui vit avec un handicap ne déterminent en rien l'affection dont il pourra être entouré, ni celle qu'il pourra donner⁷⁴³. En revanche, celui qui est issu d'un viol

⁷⁴¹ Article L114-5 al 1^{er} du CASF.

⁷⁴² C'est ainsi qu'Amandine CAYOL, dans le commentaire qu'elle a fait de la décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 23 septembre 2010 (préc.), réclame « un peu de cohérence : ou l'on refuse par principe d'indemniser un préjudice étroitement lié à la naissance, ou bien l'on accepte de le faire, mais pour tous. Si l'enfant handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic ne pouvait certes naître qu'handicapé, il en est de même pour l'enfant incestueux, qui ne pouvait naître que dans ces circonstances dramatiques. Dans les deux cas, l'alternative est identique : naître avec un préjudice ou ne pas naître », p.14.

⁷⁴³ Encore faudrait-il que lui soit épargnée la violence d'un jugement à la Perruche, dans la mesure où un préjudice moral est alors indéniablement subi par l'enfant qui voit ses parents indemnisés pour ne pas avoir pu l'avorter ! Pour une étude récente de la décision, qui développe cet aspect, voir Danielle MOYSE, « Pour dépasser vraiment « l'arrêt Perruche » », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Catherine PUIGELIER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p.1087 à 1097. L'auteur s'indigne dans son étude que l'on « ait pu accepter sans commentaire l'indemnisation de frères et de sœurs du préjudice d'avoir une petite sœur trisomique (...). Comment comprendre que, lors de ce procès du 19 juillet 2005, ait été ainsi accordée, une indemnisation aux deux frères d'une petite fille née trisomique au motif qu'ils avaient subi un préjudice « par

ou d'un viol incestueux, est celui sur qui pèse un manque affectif qui sera presque constitutif. Ce qui se joue derrière la privation d'une partie de sa filiation légale, c'est surtout l'absence d'au moins l'un de ses parents, voire par le rejet de l'autre.

555. La nature essentiellement affective du préjudice subi par l'enfant qui a été conçu lors d'une relation non consentie, qu'elle soit ou non incestueuse pourrait peut-être expliquer la différence qui est faite entre lui et celui de l'enfant né handicapé. Il peut être légitime de poser qu'une distinction est possible entre ces deux préjudices, parce que l'enfant dont les circonstances de la conception sont telles que, s'il peut être aimé ensuite, il ne peut en tout cas être le fruit de l'amour de ses deux parents. Cela pourra d'ailleurs expliquer aussi pourquoi il n'a jamais été question d'indemniser le préjudice de l'enfant né d'une relation incestueuse consentie par les deux parents adultes⁷⁴⁴.

C'est bien d'affection qu'il est question lorsque les tribunaux reconnaissent qu'il y a un préjudice nécessairement lié à la connaissance qu'aura l'enfant des faits commis par son père au moment où il l'a engendré, et c'est finalement ce qui explique aussi que l'application de l'article 310-2 du Code civil soit en ces cas préjudiciable. Au fond, ce n'est pas le fait que le père biologique ne puisse pas être légalement reconnu comme tel qui est problématique pour l'enfant, qui sans doute se passe bien de ce lien de droit marquant le crime dont il est issu. C'est le fait que par son comportement, l'auteur du viol ou du viol incestueux prive l'enfant d'une relation filiale apaisée avec son père, mais aussi souvent avec sa mère. De ce point de vue, la réparation vise bien à compenser, autant que faire se peut, l'« anormalité » du préjudice⁷⁴⁵.

ricochet » du fait de la naissance de cette petite sœur, lequel « ricochet » étant un détournement d'affection au profit de l'enfant trisomique et aux dépens de ses frères et sœurs « normaux » !? », p.1091.

⁷⁴⁴ Le simple fait qu'une relation à laquelle consentent deux majeurs capables ne puisse faire l'objet d'une condamnation en droit, et ce même si la dite relation est incestueuse, explique certes déjà que l'enfant né de cette relation ne puisse appuyer son éventuelle demande d'indemnisation sur aucun délit. Mais cette raison quasiment pratique, dans le sens où il s'agit de ne pas envahir l'intimité des personnes, ne fait que mieux mettre en valeur l'importance du consentement de la mère dans la reconnaissance d'un préjudice pour l'enfant.

⁷⁴⁵ C'est ce sur quoi insiste Christophe RADE dans la note qu'il a consacré à la décision rendue par la cour d'appel de Grenoble le 29 juin 2005, préc. Signalons toutefois que l'auteur se sert de cet argument pour rapprocher la solution de l'espèce de celle qui devrait être appliquée dans les affaires du type de l'affaire Perruche. Il évite donc de poser une quelconque originalité de la situation de l'enfant indemnisé en raison des circonstances particulières de sa conception, à laquelle nous croyons. Il affirme ainsi, en conclusion de son commentaire, que : « comme dans l'affaire Perruche, (...) l'enfant qui naît dans des conditions particulières et qui doit, pour cette raison, supporter des charges, psychologiques ou économiques que le commun des mortels n'a pas à supporter, doit obtenir réparation de ce préjudice anormal. Ce type d'actions illustre alors parfaitement la double fonction normative et réparatrice de la responsabilité civile, ce dont on ne peut que se féliciter ».

556. L'indemnisation à laquelle peut prétendre l'enfant est alors véritablement différente de celle à laquelle on pourrait peut-être exposer celui qui naît avec un handicap. L'indemnisation d'un préjudice tiré des *circonstances de la conception* n'est définitivement pas l'indemnisation qui serait attachée aux *circonstances de la naissance*. Non que l'aléa par lequel on a pu justifier l'impossibilité pour l'enfant de l'affaire Perruche de voir son préjudice réparé n'existe pas également dans la conception, car les discours selon lesquels celui qui naît ainsi, ne peut attendre une compensation juridique de son malheur, qui ferait alors partie des déterminations avec lesquelles chacun doit composer, pourrait aussi bien s'appliquer à l'enfant dont le père a violé la mère⁷⁴⁶.

Mais, ce qui fonde au moins en partie cette différence est la possibilité de rechercher effectivement un responsable. En effet, l'enfant qui est issu d'une relation imposée à sa mère, qu'elle soit incestueuse ou non, identifie clairement l'homme à qui il doit sa situation. A la différence du médecin qui, dans le cas où l'indemnisation est rejetée, ne fait que mettre au monde un enfant qui était déjà porteur d'un handicap, l'auteur d'un viol ou d'un viol incestueux est bien celui qui est à l'origine du préjudice. Ce dernier n'est plus un accident de la vie, mais le résultat d'un crime.

557. Le fait que l'enfant pourtant lui doive la vie aussi reste le véritable problème de la mise en œuvre de la responsabilité en pareil cas. Et c'est encore une différence essentielle qui doit absolument être relevée entre les préjudices de celui qui naît handicapé et de celui qui est conçu lors d'une relation non consentie : dans le premier cas la responsabilité que l'on a interrogé était celle d'un tiers, –un tiers particulier puisqu'il participe à la mise au monde de l'enfant, mais un tiers tout de même–, alors que dans le second, le coupable est aussi celui par qui la vie a été donnée. Ici apparaît le véritable obstacle (le seul peut-être qui soit finalement pertinent) à la reconnaissance du préjudice de l'enfant, d'une nature au fond plus éthique que technique ; le même geste condamne et offre la vie.

⁷⁴⁶ C'est d'ailleurs ce qu'ont noté pratiquement tous les auteurs qui ont étudié ces jurisprudences (cf. notes précédentes avec Alain SERIAUX, Amandine CAYOL, Cathy POMART-NOMDEDEO), en affirmant que dans les deux cas l'enfant n'a pas d'autre alternative que de naître dans ces conditions, ou de ne pas naître du tout. C'est ce qui expliquerait que l'on ne puisse décemment pas compenser ce préjudice par un mécanisme de responsabilité juridique, puisqu'alors cela reviendrait à dire qu'effectivement, il aurait mieux valu ne pas naître. Nous pensons pourtant que cette analyse est tronquée, dans l'assimilation qu'elle fait de deux situations qui ont bien une différence originaire. On accepte bien d'indemniser l'enfant qui a un handicap si ce handicap est la conséquence directe d'une erreur médicale imputable à un médecin ! Il est donc logique d'indemniser aussi le préjudice de l'enfant conçu par la violence, puisque son préjudice, qui n'est pas physique mais moral, est la conséquence directe de l'action malveillante d'un homme.

558. La responsabilité peut-elle être engagée sur le fondement d'une action qui n'est pas seulement dommageable pour l'enfant ? En posant ainsi la question, au lieu de la formuler toujours sous l'angle de la fausse alternative entre vivre ainsi ou ne pas vivre du tout, il devient plus clair que l'on peut répondre par l'affirmative. Dans la conception, on ne condamne par la voie de l'engagement d'une responsabilité, que la manière violente. Au fond, c'est là une application classique de la responsabilité, qui n'a pas attendu de se confronter à ces hypothèses limites liées à la conception d'un enfant pour ne condamner, dans un comportement donné, que ce en quoi il a causé un dommage. L'originalité profonde des circonstances ne tient pas à cette restriction particulière dans l'application de la responsabilité à un aspect seulement de l'attitude blâmable, mais aux difficultés qui surgissent lorsque l'on applique ces restrictions au champ de la vie familiale.

559. Pour conclure sur l'indemnisation qui peut être due à l'enfant en raison des circonstances particulières de sa conception, il serait possible de dire que c'est bien un cas spécifique de responsabilité, dont les risques de « contamination » aux situations dans lesquelles un enfant se sentirait simplement lésé par des conditions de vie non idéales sont finalement très limités. Ils le sont d'abord par la procédure à laquelle est soumise celui qui voudrait voir réparer son préjudice d'avoir été conçu lors d'un viol ou d'un viol incestueux. Mais ils le sont ensuite au fond, en ce que chacun des aspects de cette responsabilité peut être clairement défini et posé comme ne pouvant relever que de cette situation précise.

En son cœur, il a été trouvé que c'est l'absence de consentement de la mère, qui n'a pas spécifiquement à être la fille ou la sœur de l'agresseur, pour que l'enfant puisse engager la responsabilité de son père, qui explique la nature réelle du préjudice que l'on tente de réparer. En effet, s'il consiste bien en une perturbation de sa filiation, ce n'est pas tant en ce que l'établissement d'une filiation légale en conformité avec la vérité génétique est impossible en droit et en fait, que parce que toute la filiation, pour ce qu'elle représente dans l'origine d'une personne et dans la construction de son identité, se trouve bouleversée. Que la relation que l'enfant assumera avec l'homme qui l'a conçu soit douloureuse, personne ne doit en douter, mais c'est encore la relation à sa mère et à lui-même qui est contaminée par le crime originel dont il sera issu. En cela, cette responsabilité ne peut être appliquée au cas de l'enfant né handicapé, fut-ce à la suite d'une erreur médicale, ni moins encore ouvrir la brèche d'une indemnisation de tout enfant mécontent des choix qu'ont pu faire ses parents.

560. Dans une telle perspective, il ne semble pas nécessaire, comme l'ont suggéré parfois les auteurs, de supprimer l'article du Code civil prohibant l'établissement de sa double filiation dans le cas de l'inceste. L'argument selon lequel c'est l'enfant qui souffre le plus de cette interdiction⁷⁴⁷, et qui est bien dans une certaine mesure conforté par les formulations adoptées par les tribunaux pour faire droit à ces demandes, paraît devoir être relativisé puisque d'une part l'enfant n'est pas privé par là d'un père légal, et puisque d'autre part la douleur de l'enfant peut être raisonnablement plus rattaché dans ce cas précis à la violence dont il est issu qu'à la privation d'un lien de droit avec l'agresseur de sa mère.

La situation est différente lorsque l'enfant est né d'un inceste qui a été consenti par les deux parents. Dans ce cas alors, il est vrai que la prohibition posée par le code civil d'établir la double filiation peut sembler n'être qu'une sanction pour lui. Encore qu'ici le préjudice est peut-être relatif puisque d'un point de vue patrimonial, il pourra obtenir des subsides, et même hériter puisque par hypothèse, son géniteur est un membre de sa famille⁷⁴⁸. Quant à l'existence d'un préjudice moral, rien ne garantit qu'il ne serait pas aggravé par la reconnaissance en droit de sa filiation incestueuse.

561. Cette question éclairée, l'inceste se trouve finalement peut-être devoir être compris différemment, par l'intervention de l'affect. Ce dernier trouble, certes, le jeu de la responsabilité lorsqu'elle doit s'exercer dans la famille, mais il est pourtant inévitable. En tant que fait majeur, il ne peut être ni ignoré ni reçu sans discussion en une acception dévoyée. Ce sont ces conclusions qui portent à donner à l'inceste une place singulière dans les violences familiales, dont il peut apparaître comme l'idéaltype⁷⁴⁹.

A ce titre, il permet de comprendre peut-être différemment l'ensemble des maltraitances familiales, qui peuvent toutes s'articuler autour de ce détournement de l'affect. Ce qui était ainsi potentiellement plus manifeste dans l'inceste, n'existe pas moins, mais simplement différemment, lorsque les violences ne comportent pas d'atteintes sexuelles.

⁷⁴⁷ Voir notamment Annick Batteur, article préc.

⁷⁴⁸ Isabelle ARDEEFF I., « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, p. 39 à 42.

⁷⁴⁹ Et même, en anticipant quelque peu sur le second chapitre de ce titre, il faut relever que les liens avec le crime passionnel sont évidents. D'abord, l'inceste pourrait, si l'on étendait la catégorie du crime passionnel à ceux qui n'entraînent pas la mort de leur victime, en faire partie. Il y a du passionnel dans l'inceste. Mais ensuite, l'inceste est tout à fait révélateur des difficultés que posent les crimes en famille à la responsabilité, pour toutes les raisons qui ont été évoquées dans ce chapitre.

Section II. Les violences et maltraitances : **l'élément affectif comme objet indifférencié du** **droit de la responsabilité**

562. Les violences commises entre membres d'une même famille peuvent être regardées comme des événements qui ne sont particuliers qu'au regard du lieu privé dans lequel ils se produisent⁷⁵⁰. Dès lors que les comportements violents sont sanctionnés par le droit, quelle que soit l'existence ou l'inexistence de rapports entre l'agresseur et l'agressé, il n'y a pas, *a priori*, lieu d'utiliser une référence à l'affect pour comprendre ceux qui sont adoptés au sein de la famille.

Si la problématique des maltraitances familiales peut mobiliser l'attention publique⁷⁵¹, c'est en tant que questions sociale à la rigueur, plus qu'en tant que problème de droit. L'intervention législative se joue ainsi sur les modes de traitement de ces violences, mais non sur leur sens. La responsabilité semble ne chercher ici qu'à intervenir le plus efficacement possible, mais compte tenu de la complexité des situations familiales en présence, et compte tenu surtout de la possible inadaptation relative des sanctions du droit pour les condamner. L'élément affectif semblerait alors n'intervenir que dans l'aménagement de la conséquence de la responsabilité, sans en modifier le sens ni le fondement.

563. Il apparaît pourtant qu'outre le lieu dans lequel les violences familiales adviennent, **c'est une situation humaine entière qui pèse finalement sur leur actualisation**, et que cette situation se doit d'être comprise par un droit de la responsabilité qui voudrait y répondre. Sans nier que le foyer familial soit bien une spécificité de la commission de ces violences, notamment parce qu'il peut compliquer la preuve, ou plus simplement la découverte de la maltraitance, il faut encore tirer toutes les conséquences de ce

⁷⁵⁰ « La proximité de la vie en commun peut créer un contexte propre au développement de violences cachées aux yeux des tiers. Les débordements seuls sont sanctionnés et ils doivent l'être, non en raison de l'origine du lien, mais parce que il y a atteinte à l'intégrité des personnes. (...) La particularité des violences provient, en effet, du cadre où ces violences sont perpétrées », Isabelle BARRIERE-BROUSSE et Mélina DOUCHY-OU DOT (dir.), *Les contentieux familiaux, Droit interne, international et européen*, Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 98 et 99.

⁷⁵¹ Cf. un rapport qui traite du crime passionnel et des violences familiales en un même document : *Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple, année 2011*, Ministère de l'intérieur, Délégation aux victimes, 32 p.

constat. Car en effet, un foyer n'est en fait pas un simple « lieu ». Il recouvre en lui-même déjà aussi un temps et une situation humaine spécifique, dans laquelle les protagonistes, s'ils ne s'accordent pas une confiance parfaite, s'accordent au moins une communauté de vie qui ne peut être dépourvue de sens. Ni l'enfant battu, ni la femme victime des violences de son conjoint ne peuvent être considérés comme des victimes dont la seule particularité seraient de l'avoir été en telle place, soustraites naturellement aux regards extérieurs. Ce qui fait la difficulté de leur position, c'est le lien affectif concret qui les unit à l'auteur des violences, et c'est par la compréhension de ce lien que passe toute réponse juridique adaptée⁷⁵².

564. Des maltraitances sont exclues les assassinats qui ont parus devoir être traités en un paragraphe spécifique⁷⁵³. Cette exclusion peut paraître quelque peu artificielle dès lors que les violences peuvent conduire à la mort de celui ou de celle qui en est victime, et ce d'autant plus que les processus de maltraitances dans lesquels s'engagent une large part de ces familles en souffrance ont tendance à s'inscrire dans une logique d'aggravation. Le crime dit « passionnel » nécessite pourtant de faire l'objet d'une analyse distincte, car la réponse judiciaire qui lui est faite est constituée en une modulation de la législation des meurtres, tandis que les maltraitances intrafamiliales font l'objet de textes spécifiques. Dans les deux cas néanmoins, la jurisprudence a un rôle d'une extrême importance, soit parce qu'elle fait un usage particulier des textes, pourtant clairs, soit parce qu'elle crée une catégorie pratiquement *sui generis* permettant d'encadrer des crimes qui ne sont pas législativement conçus comme singuliers.

565. L'une des spécificités des maltraitances familiales, qui semble avoir trait à l'existence d'un élément affectif particulier entre victime et coupable, **s'exprime notamment dans la façon dont est parfois envisagée la suite de la relation.** En effet, lorsqu'une épouse souhaite poursuivre son conjoint violent, il est prévu qu'elle introduise une procédure de divorce ou de séparation⁷⁵⁴. Lorsque ce sont les parents qui sont maltraitants, c'est la gravité

⁷⁵² Il semblerait d'ailleurs que les juges soient de toute façon obligés, en rendant leur décision, de tenir compte de cet élément, quelle que soit la place qui lui est faite en doctrine ou législativement. Ainsi en est-il des décisions qui prononcent leurs sanctions en tenant compte d'un contexte familial donné.

⁷⁵³ Cf. *supra* sur le crime passionnel, p. 398.

⁷⁵⁴ Voir, pour ces mesures au civil l'article 515-11 du Code civil. Cf. Isabelle BARRIERE-BROUSSE et Méлина DOUCHY-OU DOT (dir.), op. cit. p. 100.

de leurs actes qui déterminera de la poursuite de l'exercice de leurs droits parentaux⁷⁵⁵, et du maintien de leurs relations avec l'enfant victime.

Cette responsabilité donc emporte finalement, lorsqu'elle s'ébranle, tant une réponse pour le passé, que des conséquences pour l'avenir du groupe familial, qui sont fixées législativement⁷⁵⁶.

566. Si l'on peut d'abord distinguer la violence conjugale de la violence qui frappe les descendants ou, aussi bien, les ascendants (Sous-section I), on peut ensuite relever leurs similitudes et surtout leurs liens logiques et concrets. Les avancées de la psychologie sur ce point dans l'identification de familles dysfonctionnelles gagneraient à être connues du droit de la responsabilité, qui pourrait alors, dans ce cadre bien particulier qu'est la famille, concevoir une forme de « responsabilité en chaîne » (Sous-section II).

Sous-section I. LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR L'APPROCHE DE LA MALTRAITANCE DANS UN RAPPORT « INDIVIDUEL »

567. Il s'agit très simplement d'analyser les voies judiciaires offertes dans chacune des situations distinguées. Le droit n'établit aucune liaison *a priori* entre la violence conjugale et la maltraitance des enfants du couple, mis à part l'article 378 du Code civil qui prévoit que celui qui aura été condamné pour avoir commis des agressions sur la personne de l'autre parent pourra se voir retirer l'autorité parentale, sans que cette sanction n'ait rien d'automatique.

De même il ne paraît pas pertinent de traiter successivement le champ civil et le champ pénal puisque c'est bien une même situation vécue qui engendrera ces deux types de responsabilité. Il serait bien plus édifiant de rappeler d'abord la façon dans chacune des

⁷⁵⁵ Article 378 et s. du Code civil.

⁷⁵⁶ Il est légitime de supposer que tout engagement d'une responsabilité dans la famille est susceptible de modifier les relations de ses membres, mais les cas de maltraitances sont finalement les seuls pour lesquels une règle de droit fixe de façon plus ou moins stricte les liens pour la suite. Ailleurs, les membres de la famille sont libres de se « pardonner », ou de ne plus être liés. Ici, le droit peut imposer que la relation s'interrompe.

violences, conjugale et filiale, est traitée (Paragraphe 1), puis de relever que les réponses que leur fait le droit de la responsabilité s'articulent principalement autour d'une coordination du domaine civil et du domaine pénal (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Limites des réponses du droit positif

568. Dans les textes, la situation des violences conjugale (I) est distinguée de celle des maltraitances commises dans les relations entre ascendants et descendants (II).

I. TRAITEMENT JUDICIAIRE DES VIOLENCES CONJUGALES

569. Longtemps, existait une inégalité entre les victimes de violences commises dans le mariage et celles commises dans le cadre d'unions civiles ou de concubinage⁷⁵⁷. Elle n'était probablement que le résultat d'un « retard » législatif sur le développement d'autres formes de couple, et il serait hasardeux d'en déduire une volonté de ne pas protéger toutes les femmes⁷⁵⁸ subissant les coups de celui avec lequel elle vivait.

Désormais, dans le code pénal, les sanctions sont les mêmes, que les violences soient le fait d'un conjoint ou d'un ex-conjoint, d'un concubin ou d'un ex-concubin, d'un partenaire ou d'un ex-partenaire. Le lien unissant victime et coupable constitue au pénal une circonstance aggravante de l'infraction commise.

Au civil, la place que doit tenir la spécificité du lien est, de prime abord, plus ambivalente. L'engagement de la responsabilité de celui qui commet la violence ne dépend ni ne peut être « aggravé » en principe par la qualité de sa victime. En son fondement, la

⁷⁵⁷ La loi du 4 avril 2006 a constitué sur ce point une avancée majeure en étendant la circonstance aggravante de la violence aux partenaires, aux ex conjoints ou concubins, et ex partenaires (Art. 222-1 du Code pénal et s.).

⁷⁵⁸ Nous nous permettons parfois de parler des « femmes », non pour occulter les violences que peuvent également subir des hommes de la part de la femme avec laquelle ils sont un couple, mais simplement parce qu'elles sont encore les victimes majoritaires de ce type de violences. Il serait bien entendu possible d'ajouter à chaque fois cette précision.

responsabilité civile ne paraît pas être modifiée par la nature intrafamiliale de la violence. Ce sont ses conséquences qui sont proprement adaptées à la nature spécifique des rapports de l'auteur et de la victime.

570. En revanche, et bien que le Code civil permette d'engager, dans ces situations spécifiques comme dans toute autre, la responsabilité de l'auteur des violences sur le fondement de l'article 1382, **seule la victime mariée peut bénéficier en sus de l'article 266**, qui trouve peut être là l'une de ses rares raisons d'être⁷⁵⁹. En outre, dans ce dernier cas, le prononcé du divorce aux torts exclusifs du conjoint violent aura eu le mérite de rendre à chacun sa place, respectivement de victime et de coupable, dans une situation familiale bien souvent troublée par une inversion des valeurs⁷⁶⁰. Une telle remise en ordre n'est pas possible devant le juge civil qui ne se trouve pas face à un couple marié, dans la mesure où il ne saurait rechercher de culpabilité ni de faute dans la dissolution du PACS ou du concubinage qu'il ne fait que constater et régler matériellement si besoin⁷⁶¹. Ces lacunes peuvent sans doute être pondérées par le fait qu'une action pénale puisse intervenir sur ces points particuliers et remplir ce rôle de désignation d'un coupable.

Mais encore faudrait-il que les décisions répondent aux avancées législatives des dernières années, ce qui ne semble pas être le cas, compte tenu des difficultés particulières auxquelles sont confrontés les juges dans ces affaires, sans que les textes leur permettent réellement d'y faire face.

571. Cet arsenal législatif, maintenant relativement bien développé, au moins quantitativement, **ne peut effectivement être apprécié sans la lumière de son application judiciaire**, qui appelle un certain nombre de remarques qui constituent clairement les points faibles de la protection des victimes de violences conjugales.

⁷⁵⁹ Cf. *supra*.

⁷⁶⁰ Anne MEZARD, « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *in AJ Famille*, 2003, p.410. « Les violences conjugales, de même que l'ensemble des violences intrafamiliales s'inscrivent dans le huis-clos de la sphère privée qui permet la mise en place d'une emprise drastique de l'agresseur sur sa victime (...). Fort de sa toute puissance, l'agresseur réitérera ses violences dans un système de valeurs inversées : la victime mérite son supplice (...) ».

⁷⁶¹ Le fait que le TGI de Lille ait en 2002 consacré une rupture « fautive » du PACS par le partenaire infidèle ne doit pas modifier cette interprétation puisque la solution est restée tout à fait marginale. En outre, cela n'a conduit qu'à l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de 1382, ce qui confirme bien l'analyse selon laquelle c'est le droit commun qui intervient alors sans qu'aucune particularité ne soit attachée en droit à la situation dans laquelle se trouve le couple des partenaires. TGI Lille, 5 juin 2002, *in D. Fam.* n°5, mai 2003, com. n°57. « Pacte civil de solidarité : devoir de fidélité », Bernard BEIGNIER ; « Le PACS est-il un contrat d'exclusivité ? », Jean HAUSER, *in RTD civ.* n°2, mai Avril/Juin 2003, chron. n°8.

D'abord, le nombre des condamnations rendues en la matière est étonnamment faible compte tenu du nombre de femmes ou d'hommes battus⁷⁶². Cela s'explique d'une part par la réticence qu'ont ces personnes à engager des poursuites, civiles et/ ou *a fortiori* pénales, laquelle peut trouver sa source dans un sentiment d'impuissance face à la situation subie, ou même dans la conviction que les souffrances sont « méritées », ou encore dans une volonté de ne pas se voir obligé(e)s d'exposer en place publique les humiliations infligées déjà dans la sphère privée. Ces difficultés ne sont pas directement relatives à la loi, mais elles sont des données qu'il est nécessaire de prendre en compte.

Lorsque les maltraitances ont lieu dans le cercle privé de la vie familiale, la volonté qu'a la victime de ne pas aller au bout de son appel au droit est bien l'obstacle majeur à l'application des mesures qui sont prises en ce domaine. Le législateur s'évertue donc à mettre en place un système qui soit *d'une part* suffisamment répressif pour l'auteur des violences afin de permettre à la victime de recouvrer son statut et de l'assurer dans la légitimité de son action. *D'autre part*, une graduation des moyens d'action est nécessaire pour que la victime puisse agir à la mesure de ses besoins.

572. Ensuite, les condamnations sont également rendues peu fréquentes du fait de la difficulté que peuvent rencontrer les victimes, qui franchissent ce pas de demander justice et protection, **à prouver leurs sévices**, surtout lorsqu'elles s'évertuent elles-mêmes depuis des années à les masquer. Puisqu'il appartient à celui ou à celle qui subit de rapporter la preuve de la violence physique ou psychologique qu'il subit dans son couple⁷⁶³, on ne peut négliger que, par définition, ces faits sont commis dans une sphère intime où les témoins sont inexistantes, ou bien sont des enfants du couple, et où le doute s'immisce systématiquement sur la parole de ceux qui vivent ce couple au quotidien, que ce soit d'ailleurs la victime supposée ou l'auteur désigné, du fait même de la nature particulière des liens qui les unissent. Ces deux aspects du problème de la preuve des maltraitances conjugales sont tout à fait édifiants : en effet, ils mettent ensemble en évidence le fait que l'action de la puissance publique est toujours confrontée à la « paix des familles », qu'elle soit une volonté de la famille elle-même

⁷⁶² Cf. *Etude nationale sur les orts violentes au sein du couple, année 2011*, Ministère de l'intérieur, Délégation aux victimes, 32 p.

⁷⁶³ Art 1315 du Code civil. En droit pénal, LEVASSEUR rappelle que la présomption d'innocence est posée constitutionnellement par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et que si la règle de l'intime conviction (art. 304 et 427 du Code de procédure pénale) revient à « modifier la charge effective de la preuve », il n'en reste pas moins que c'est à la partie poursuivante de rapporter la preuve de l'*infraction*. Cf. Gaston STEFANI, Bernard BOULOC, Georges LAVASSEUR, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 17^{ème} édition, Paris, 2000, 978 p.

de continuer à marquer une sphère de liberté personnelle⁷⁶⁴, ou une méfiance étatique vis-à-vis d'elle.

573. Enfin, les tribunaux privilégient assez fréquemment la voie de la médiation pénale qui constituerait un substitut à la condamnation. Cette mesure a précisément le mérite de constituer en principe une voie médiane acceptable entre le besoin de sanction et la crainte que peuvent avoir les victimes d'aller au bout d'un procès. Elle est néanmoins critiquée, et critiquable effectivement, en ce qu'elle n'atteindrait finalement aucun de ces deux objectifs qu'elle se fixe pourtant. Les sanctions peuvent être bien légères et surtout privées d'une large part de leur sens dès l'instant que victime et auteur des violences sont placés sur un plan d'égalité où la négociation est possible, ce qui peut effectivement revenir à admettre qu'il n'est nulle valeur supérieure en matière de relation conjugale, au prétexte que l'affect est en jeu. Quant à la possibilité que la médiation pénale « offre » à la victime de ne pas s'engager dans un procès, elle est contestable elle-aussi, même si l'on admet -ce qui n'est pas une évidence pour tous- que le principe est légitime, parce qu'elle ne l'expose pas moins aux pressions du conjoint, partenaire ou concubin dont elle cherche à se défendre. La confrontation aura lieu de toute manière.

Il est probable que les juges proposent cette médiation pénale de façon assez systématique parce qu'ils ne sont pas sans ignorer les difficultés que pourraient rencontrer les victimes pour rapporter des preuves au soutien de leur plainte, suffisantes pour emporter l'intime conviction de la culpabilité de celui qu'elles accusent. Ou bien estiment-ils dans certains cas que cette solution plus « pacifique » est la plus à même de préserver ce qu'il reste de la structure familiale, notamment en présence d'enfants. Ces motivations peuvent s'entendre, mais il faut pourtant regretter certains effets néfastes de la médiation pénale, et qui dépassent les débats relatifs à la pertinence même de cette procédure.

574. La médiation serait un substitut de la peine⁷⁶⁵ : il y aurait donc, dans ce cadre, retrait de la plainte, et acceptation par l'auteur des violences de certaines mesures, telles que le départ du domicile commun, destinées à faire cesser la situation illégale.

⁷⁶⁴ Nous disons « personnelle », mais les évolutions actuelles du droit de la famille marquent davantage une liberté tronquée « individuelle ».

⁷⁶⁵ Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} édition, éditions Cujas, Paris, 2013, n°169, n°594 ; Frédéric DEBOVE, François FALLETTI, Thomas JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 4^{ème} édition, PUF, Paris, 2012, p. 500 et 501 ; Paul MBAMZOULOU et Nicole TERCQ, *La médiation familiale pénale*, L'Harmattan, Controverses, Paris, 2004, 114 p.

Techniquement, si, quelques temps après la mise en place de cette médiation, les violences recommencent, il ne s'agira pas d'une récidive et la condamnation qui sera faite alors sera bien une première condamnation.

La médiation ne devrait pas faire obstacle à la reprise des poursuites en cas de réitération des maltraitances, mais, soit que les premières violences tombent sous le coup de la prescription, soit que cet aspect de la médiation soit délaissé volontairement par les tribunaux, il apparaît que dans les faits elle n'est jamais appliquée en ce sens de simple suspension des poursuites.

Peut-être serait-il bienvenu de rendre la reprise des poursuites pour violences conjugales automatique lorsque ces premières violences n'ont fait l'objet que d'une médiation, et au moment où d'autres violences sont connues du juge. Rien n'interdirait de donner, par exception, la possibilité au juge de faire obstacle à cette recherche d'une première culpabilité, s'il justifie pour cela de circonstances particulières. Cela reviendrait en quelque sorte à inverser le sens actuel de la médiation pénale, mais cette mesure pourrait bien être aussi une solution aux insuffisances qu'elle présente lorsqu'elle est appliquée aux cas de maltraitances familiales.

II. TRAITEMENT JUDICIAIRE DES VIOLENCES COMMISES ENTRE ASCENDANTS ET DESCENDANTS

575. Au plan civil il existe un certain nombre de mesures de protection de l'enfant en danger, qui vont du placement temporaire ou même du simple contrôle au retrait de l'autorité parentale. **Au pénal les sanctions sont réelles mais** une fois encore, **rarement prononcées**, compte tenu des difficultés qu'ont les autorités publiques à identifier et à prouver les situations de maltraitances⁷⁶⁶. La crainte de condamner à tort des parents et de briser ainsi l'équilibre de leur famille est forte, et se mêle logiquement à la volonté de

⁷⁶⁶ Il n'existe par définition de chiffres qui soient en la matière absolument certains et les rapports qui paraissent ne le peuvent que sur la base des violences qui ont effectivement données lieu à une intervention du judiciaire. Pour tous ces chiffres, on peut renvoyer à l'enquête déjà citée, qui dresse un état des lieux assez complet : *Etude nationale sur les orts violentes au sein du couple, année 2011*, Ministère de l'intérieur, Délégation aux victimes, 32 p

préservent les liens qui peuvent l'être, ou que l'on juge devoir être, entre des parents même reconnus maltraitants dans certaines mesures, et leurs enfants victimes.

576. Les maltraitances à l'égard des ascendants sont moins connues mais pour autant elles ne sont pas négligées par le droit qui prévoit également des mesures de protections civiles et des circonstances aggravantes pénales.

Dans ces situations de violence entre ascendants ou descendants, contrairement à ce qu'il advient dans le couple, c'est le plus souvent une personne extérieure qui intervient pour signaler au ministère public la maltraitance. Ainsi pour les enfants, si de multiples raisons conduisent la mère à taire les coups du père, se rendant par là complice malgré elle, il est désormais assez fréquent que les adultes qui entourent l'enfant dès la crèche soient formés pour détecter les cas où une maltraitance pourrait exister. Pour les aïeuls, c'est plus facilement le personnel hospitalier, ou des membres du voisinage qui peuvent signaler des violences infligées par des membres de la famille, même s'il faut reconnaître que, cette forme de maltraitance relevant peut-être d'un tabou plus fort, elle a plus de difficulté à être identifiée.

577. Ces éléments de faits et légaux, qui participent au trouble que fait peser l'affect sur la responsabilité à reconnaître dans des cas de violences familiales, ne sont pourtant sans doute pas les plus insurmontables, dès lors qu'il existe peut-être à l'origine un questionnement relatif à la façon dont la réponse en droit doit être formulée. Il n'est pas impossible en effet de soutenir qu'une réponse civile devrait d'abord être envisagée, parce que le lien devrait être maintenu chaque fois qu'il est au moins matériellement possible de lui laisser une prise. Sans doute cette idée résulte-t-elle aussi d'une certaine conception de ce que devrait être l'affect, comme lien permanent entre les membres de la famille.

Paragraphe 2. L'articulation délicate du droit pénal et du droit civil en matière de violences familiales

578. Si l'articulation de la réponse civile et de la réponse pénale semble soulever quelques problèmes en matière de maltraitances familiales, c'est parce qu'elle doit en quelque sorte se dédoubler. Elle joue d'abord une fonction spécifique lorsque la sanction a

à intervenir sur un seul des membres de la famille (I). Les deux responsabilités civile et pénale ont ensuite à se concilier lorsqu'elles ne visent plus une personne isolée, mais un groupe familial entier à l'intérieur duquel elles doivent agir (II).

I. DIFFICULTES RELATIVES A L'AMBIVALENCE DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE SUR LE MEMBRE DE LA FAMILLE

579. Si le droit pénal n'intervient pas ou avec parcimonie, cela a été évoqué déjà, c'est en partie en raison des options civiles qui s'offrent à l'Etat⁷⁶⁷ et qui passent pour être plus adaptées à des situations familiales complexes, qu'il s'agit en vérité de tenter de restaurer plus que de sanctionner.

Or, cette démarche, et même les gradations des peines qu'elle engendre, en incitant souvent les juges à prononcer des peines éducatives pour les parents, telles que des « stages parentaux », ou bien encore des « contrats de responsabilité parentale »⁷⁶⁸, peut finalement susciter des discussions également. Là où, peut-être, on croit libéraliser, ou plus encore reconstruire, les liens familiaux, en assouplissant les condamnations fermes des maltraitances inévitablement, il se pourrait que l'on retrouve une forme voilée de contrôle, qui dirige sans protéger. Il est assez évident que les mesures qui visent à rétablir les parents dans leur rôle tentent nécessairement de les assigner à cette place en leur inculquant si possible⁷⁶⁹ une manière d'être parent particulière. Ce qui l'est moins, c'est que cette autre forme de direction du comportement parental, en s'appliquant parfois indifféremment à des parents ayant laissé advenir un inceste entre leur compagnon et leur enfant ou à des parents défaillants sur un plan

⁷⁶⁷ Valérie MALABAT, « L'incrimination d'abus de faiblesse ou de la pénalisation des dissensions familiales », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Lonrai, 2012, p. 351 à 360. L'auteur note à l'inverse qu'il est des situations pour lesquelles le droit pénal semble bien intervenir pour compenser des faiblesses du droit civil. Tel serait notamment le cas dans l'application extensive que font les juges pénaux du délit d'abus de faiblesse en matière familiale.

⁷⁶⁸ Judith ROCHFELD., « Contrat, Responsabilité, Parenté : un mélange détonant », *RTD civ*, avril-juin 2006, p. 395 à 402.

⁷⁶⁹ Il faudrait peut-être déjà être en mesure de détecter l'efficacité de tels « stages parentaux », comme de toute autre voie explorée jusqu'à lors pour former les parents dans leur rôle. Mais une telle appréciation de l'efficacité des mesures prononcées en la matière pose problème, puisqu'il est en pratique illusoire de croire que des statistiques pourraient en révéler l'impact. Lorsque des mesures éducatives sont prises en matière d'inceste, on peut toutefois penser que les agissements incestueux cessent, pour le temps au moins que dure la surveillance, et que le suivi surtout qui sera apporté à l'enfant, pourra l'aider. Mais quant à l'objectif que l'on se fixe de rééduquer les parents, rien ne démontre qu'il soit atteint, ni même qu'il soit en fait atteignable par de telles voies.

éducatif⁷⁷⁰, peut se montrer plus envahissante que ne l'aurait été le maintien d'une pénalisation du seul comportement incestueux ou violent.

580. En fondant tous les manquements éducatifs et toutes les violences dans un même ensemble où, quoique les sanctions soient graduées, les différences de nature tendent à être gommées entre la négligence et la maltraitance. Au motif que le parent est, en toute hypothèse, en souffrance dans sa fonction, on peut craindre que la direction des comportements parentaux soit finalement plus prégnante, et que la frontière soit brouillée entre ce qui représente une lacune et ce qui constitue une attitude prohibée.

Au nom d'un affect pratiquement désincarné, et d'une meilleure considération de la position ambivalente du parent « défaillant », la responsabilité tend à devenir plus fragile. L'affect est reçu comme un élément pesant comme un destin familial⁷⁷¹ sur lequel aucun des protagonistes n'a pu intervenir. Certes, il ne s'agit pas de nier cette souffrance parentale, qui est bien réelle dans ces familles où l'inceste ou la violence, quelle que soit sa nature, se produit. Mais il n'est pas illégitime de s'interroger sur le sens que peut tout de même conserver la responsabilité pénale lorsque cette souffrance conduit les parents à commettre des actes de maltraitance.

581. La difficulté propre à la matière réside peut être dans **la perméabilité des distinctions des champs des responsabilités civile et pénale**, difficultés qui se trouvent, lorsque les mauvais traitements familiaux sont observés, accrues parce qu'elles sont en un sens mises en avant, mais peu effectives en fait. En effet, il apparaît que si la réformation des attitudes parentales coupables devrait, peut-être, passer effectivement par une action conjointe d'une sanction pénale et de mesures éducatives, notamment civiles, en ce qu'elles supposent une participation active des personnes qui y sont soumises, l'articulation de ces deux formes de réponses peut être délicate. Les mesures civiles, relatives par exemple à l'autorité parentale

⁷⁷⁰ Cf. Cass. Crim. 9 avril 2008, n°07-88601. Dans cette affaire, une mère a été condamnée sur le fondement de l'abandon moral d'enfant, au motif qu'elle avait notamment initié ses deux enfants à une vie nocturne peu compatible avec leur âge, et exposé ses derniers à une vie sentimentale complexe, au point de les déstabiliser. Précisions tout de même que la Cour de cassation condamne la Cour d'appel qui n'avait pas retenu la culpabilité de la mère, pour n'avoir pas suffisamment justifié cette éviction au regard des critères posés par l'article 227-17 du Code pénal.

⁷⁷¹ A tort. Pour une étude des liens entre affect et liberté, voir *supra*. p. 61 et pour une redéfinition de l'affect qui soit à la fois plus réaliste et plus pratique en droit, tout en étant respectueuse de la personne, voir *infra*. p. 469 et s.

et à une assistance éducative, protègent davantage les enfants victimes des violences en les soustrayant, momentanément en principe, à une vie familiale complexe.

Les mesures pénales sont subsidiaires, et ne semblent intervenir finalement que dans les situations les plus manifestes et graves, compte tenu de la condition de la violence à laquelle elles sont attachées, et dans ce cas, elles interviennent seules. En fait de complémentarité, les deux responsabilités ne sont qu'alternatives⁷⁷².

582. Chacun des points par lesquels la maltraitance a été abordée ici conduit à constater que la violence qu'une telle situation implique n'est pas envisagée sous un angle qui soit propre à ce crime familial, pourtant singulier. La façon dont la violence est actuellement conçue en la matière rend en fait la pénalisation d'une partie des relations violentes impossible⁷⁷³.

Pour l'inceste, l'engagement de la responsabilité se trouve le plus souvent brouillé, entre deux personnes adultes, ou entre deux mineurs, ou entre deux personnes qui ne sont pas consanguines, par le fait que l'absence de contrainte se manifesterait dans l'actualisation de l'acte incestueux. C'est sous l'idée fautive d'une liberté d'aimer que les alibis se découvrent. Mais cette idée fautive est rendue possible par l'atténuation même du tabou. En effet, si l'on admet qu'un inceste puisse se trouver justifié par un affect, que l'on regarde finalement comme une fin désincarnée⁷⁷⁴, il faut alors se résoudre à accepter que ce ne soit pas l'inceste que le droit condamne en vérité, mais simplement la contrainte. Sans s'arrêter par ailleurs à la seule situation incestueuse, les maltraitances peuvent aussi dans une certaine mesure être perçues sous l'angle d'une liberté non moins fautive d'aimer d' « une autre manière ». Dans cette vue, le glissement qui s'opère de l'idée d'une responsabilité vers celui d'une autorité,

⁷⁷² Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16^{ème} édition, Economica, Paris, 2009, n°428 ; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, 3^{ème} édition, Ellipses, Paris, 2014, n°322 et 323.

⁷⁷³ Outre les difficultés relatives au secret, à la preuve, et à la concrétisation d'une dénonciation devant la justice, les violences qui sont d'ordre moral, pour ne pas dire « affectives » sont moins bien protégées finalement dans la famille parce que ces attitudes blessantes seront considérées comme insaisissables, ou comme relevant d'un seuil acceptable de défaillances familiales...

⁷⁷⁴ Quoique l'on puisse parfois penser, aux premiers abords de décisions permettant l'inceste entre majeurs notamment, que c'est bien l'appréciation *in concreto* de la situation qui met en échec l'application de la règle de droit, cette interprétation nous semble devoir être clairement rejetée. D'une part, la seule règle de droit qui soit finalement établie en la matière est celle qui porte à la prohibition du mariage. Cela exclut de fait l'intervention du droit dans d'autres formes d'unions plus ou moins stables. D'autre part et surtout, si les circonstances de l'espèce sont bien examinées, lorsque l'on se rapporte à l'affection qui existerait entre les deux protagonistes de l'inceste, on se réfère à un affect qui serait devenu une fin en soi, un idéal, oubliant que l'affect est bien toujours l'affect de quelque chose.

paraît tout à fait en mesure de favoriser le développement de ces alibis aux violences intrafamiliales.

En effet, l'autorité est un pouvoir, qui même assorti de l'exercice d'une fonction suppose presque une capacité de gestion de la vie familiale, alors que la responsabilité impose bien toujours une réponse, et serait ainsi bien plus protectrice de la famille⁷⁷⁵.

583. L'aggravation de la sanction encourue, qui découle des liens familiaux mis en cause, ne **symboliserait** pas alors **une formalisation** de l'interdit de la violence commise à l'encontre de ceux à qui l'on doit une protection spécifique, mais plutôt seulement celle **d'une contrainte supposée plus grande, en raison d'une forme d'abus d'autorité**. Loin de marquer une restauration de la responsabilité familiale qui pourrait opérer dans ce cas, même la loi qui avait inscrit l'inceste dans notre Code pénal, en ne visant finalement que l'autorité, ne faisait que poursuivre le mouvement de sa dissolution. C'est la fonction d'époux, de parent ou d'enfant, de frère qui semble alors justifier la peine, avant le lien, et cela paraît à la fois réducteur et dangereux quant à la qualité de la protection qu'offre le droit⁷⁷⁶.

II. DIFFICULTES RELATIVES A L'INTERVENTION JUDICIAIRE DANS UN GROUPE FAMILIAL

584. La distinction qui s'opère dans les réponses judiciaires, civiles ou pénales, entre les violences subies au sein du couple et celles qui affectent les relations des parents et de leurs enfants **ne permet pas de mettre en œuvre une responsabilité plus large de la famille dont le fonctionnement est déséquilibré**. La prise en considération d'un affect

⁷⁷⁵ Voir *supra*. dernier titre de cette thèse.

⁷⁷⁶ « L'âge contemporain me paraît se caractériser par ce qu'on pourrait sans doute appeler la *désorbitation* de l'idée de fonction ; je prends ici le mot de fonction dans son acception tout à fait générale, celle qui comprend à la fois les fonctions vitales et les fonctions sociales. L'individu tend à s'apparaître lui-même et à apparaître aussi aux autres comme un simple faisceau de fonctions. », Gabriel MARCEL, *L'homme problématique*, Aubier, Paris, 1995, p 192-193.

concret s'exprimant au sein de la famille toute entière pourrait ouvrir de nouvelles pistes de réponse aux problèmes jusqu'à lors insolubles de la protection de la famille⁷⁷⁷.

En effet, deux niveaux d'analyse au moins paraissent s'éclairer davantage sous ce nouveau jour. Le premier d'entre eux s'applique par exemple à la situation de l'adulte complice malgré lui des violences que commet son conjoint à l'égard de leurs enfants. Ce premier degré de l'étude vise les cas où une responsabilité « en chaîne » pourrait être mise en œuvre envers un groupe de coupables.

Le second niveau d'analyse qui se dégage immédiatement est celui qui vise les cas où la responsabilité doit être mise en œuvre à l'égard d'un groupe de victimes : comment ignorer que la violence conjugale est toujours aussi une violence pour les enfants s'ils existent ? Comment ignorer de même que la violence physique qui s'exerce contre l'un des enfants ou l'un des parents est une violence psychologique faite à toute la fratrie ? Si la violence peut, dans sa forme physique, ne s'exercer que dans une relation particulière, justifiant ainsi par exemple que le danger relevé pour un enfant n'entraîne pas automatiquement des mesures de protection pour ses frères et sœurs, le fait pour l'ensemble du groupe familial d'avoir assisté à cette violence et de l'avoir donc quotidiennement subie comme représentation constitue assurément une violence morale que l'on ne saurait négliger.

585. Finalement, la place du groupe familial tout entier peut être interrogée du point de vue de la responsabilité, sans que pour autant la difficulté relative à l'ambivalence des positionnements de chacun face à la violence commise ne soit négligée. En effet, s'il n'est pas impossible de reconnaître que l'adulte qui assiste aux sévices infligés par son conjoint sur l'enfant puisse être responsable vis-à-vis de lui, au moins simplement sur la base de la non-assistance à personne en danger, il est tout aussi légitime *a priori* de reconnaître que la

⁷⁷⁷ Il nous paraît ici capital de souligner que les associations qui œuvrent pour aider les femmes victimes de violences conjugales ont beaucoup milité en ce sens : elles invoquent le plus souvent les lacunes de la protection juridique actuelle qui distingue trop nettement le règlement de la situation conjugale et celui de la situation parentale. Ainsi, Marick GEURTS, s'exprimant au nom de la Fédération nationale Solidarité Femmes, dans un article intitulé « Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le code pénal et le code civil », in *AJ Famille*, 2003, p. 421, constate que le fait de distinguer trop nettement la violence conjugale et le règlement de la situation parentale : « (...) révèle une méconnaissance du phénomène des violences conjugales, tant du point de vue de l'agresseur que de celui de la victime. La particularité de ce délit est justement d'être indissociable du vécu de couple des deux protagonistes, (...) ». Plus loin, l'Auteur déplore encore que : « (...) dans l'espoir de ne pas « envenimer » les relations parentales par les « griefs passés », une conception « modernisée » du couple parental en arrive à nier les violences conjugales dans les procédures civiles afin de se centrer sur l'intérêt de l'enfant ». Si la loi du 9 juillet 2010 constitue sur ce point une avancée puisqu'elle prévoit la possibilité du retrait de l'autorité parentale pour celui qui aurait été condamné pour avoir commis un crime sur la personne de l'autre parent (article 378 du Code civil), il nous semble que l'on peut aller plus loin dans la responsabilisation du groupe familial.

violence est telle qu'elle sidère littéralement l'entourage. Le droit se doit de trouver dans ce cadre une réponse adaptée.

Le problème principal sera de faire la part de ceux qui y assistent en endossant une culpabilité et de ceux qui y assistent en tant que victime.

586. Les décisions rendues par les juges du fond sont, en la matière, révélatrices de ce phénomène du dédoublement de la responsabilité, civile et pénale, et attachée aussi bien au parent maltraitant lui-même qu'à celui qui s'est tu. Ainsi par exemple, le tribunal de grande instance d'Arras a condamné les deux parents de trois enfants maltraités⁷⁷⁸. Le père, qui était l'auteur des violences, a été condamné à quatre années de prison ferme, et a été déchu de son autorité parentale. Il a en outre été condamné à verser des dommages et intérêts à chacun de ses enfants. La mère a quant à elle été condamnée, pour ne pas avoir fait cesser ces violences, qu'elle subissait également dans une moindre mesure, à deux années de prison avec sursis et à des dommages et intérêts. Bien que la condamnation de la mère silencieuse soit moins sévère que celle qui a été prononcée à l'égard du père, il est notable que les maltraitances dont elle a pu être victime également n'aient pas excusé son silence quant à la situation de ses enfants.

Cette affaire est exemplaire également en ceci que les circonstances de cette espèce semblent montrer que les maltraitances n'étaient pas d'une même ampleur envers chacun des enfants : l'aînée de la fratrie aurait subi les violences paternelles avec plus de régularité que ses frères, ce qui a justifié l'attribution par le tribunal d'un dédommagement plus important pour elle⁷⁷⁹. Bien que les faits retenus dans le jugement du tribunal d'Arras soient singuliers, ils apparaissent tout à fait exemplaires de la particularité de la maltraitance familiale, qui est nécessairement attachée à une situation familiale « globale »⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ TGI Arras, 17 juillet 2012. Le couple a été présenté en comparution immédiate.

⁷⁷⁹ Le père est condamné à lui verser 4000 euros de dommages et intérêts, tandis que chacun des deux autres enfants reçoit 2000 euros. La mère verse à son aînée 1500 euros, mais « seulement » 700 euros à chacun de ses deux fils. Si cette distinction est fondée ici sur l'évaluation d'un préjudice plus grand subi par la sœur aînée, il serait possible de noter qu'elle peut apparaître quelque peu contestable dès lors qu'elle pourra revenir à hiérarchiser les douleurs des enfants de ce couple, pour lesquels la situation de violence aura malgré tout été la même. En analysant la responsabilité mise en cause dans les cas de maltraitances comme une responsabilité attachée à une situation familiale, dépassant les particularités de chaque lien sans les supprimer, il serait possible de distinguer dans les dommages et intérêts attribués aux enfants une part qui devrait être identique pour chaque enfant et qui serait destinée à réparer le préjudice issu du climat familial violent, et une part qui pourrait être modulée en fonction des violences concrètes subies par chaque enfant. Cela reviendrait en vérité à distinguer une violence morale, et une violence physique.

⁷⁸⁰ Dans un jugement récent rendu par le tribunal correctionnel de Marche-en-Famenne, en Belgique, ont été ainsi condamnés non seulement les parents des quatre enfants maltraités, mais encore l'oncle paternel et sa compagne. Tous ont commis des violences sur les enfants. Les parents ont été tous deux condamnés à dix ans d'emprisonnement fermes, l'oncle à six années d'emprisonnement fermes, et la compagne de ce dernier à quatre

587. Avec ces remarques déjà, apparait ce qui semble être finalement une ligne de mire dans la problématique de l'intervention d'un élément affectif perturbateur de la responsabilité familiale. En effet, parce que dans les violences familiales, il semble être banalisé, et ramené à une volonté ou à une circonstance extérieure à l'existence même du geste illicite, il ne permet pas de voir une « chaîne de responsabilités » qui se trouve lancée dans ces affaires.

Or, en le redéfinissant sur une base plus concrète, il serait possible de voir que la responsabilité qui doit intervenir pour répondre à des maltraitances commises dans la famille est spécifique, déjà, parce qu'elle ne peut occulter l'existence systématique d'une pluralité de responsables et de victimes.

Sous-section II. PLURALITE DES RESPONSABILITES MALTRAITANTES. RESPONSABILITE EN CHAINE

588. La responsabilité qui découle d'une maltraitance familiale est troublée par un affect qui intervient sur deux plans différents, et qui toujours interroge un groupe au lieu de pouvoir considérer une personne seule et abstraite d'une situation dans laquelle elle est prise. Le premier plan est chronologique, et vise une histoire violente (Paragraphe 1), tandis que le second est spatial, et regarde les membres de la famille qui sont les témoins silencieux d'une violence qu'ils ne peuvent ni ignorer ni révéler sans difficultés (Paragraphe 2).

mois d'emprisonnement avec sursis. Cette affaire n'est signalée ici que pour mieux montrer comment la famille, même plus large se trouve impliquée dans les actes de maltraitances. Si en l'espèce, l'oncle avait participé de façon active aux violences, il est possible de se demander si son silence aurait pu suffire à engager sa responsabilité. Dès lors que le silence de l'épouse d'un père violent est susceptible d'être condamné, rien ne s'oppose en principe à ce que celui d'autres membres de la famille qui seraient amenés à constater de tels agissements engendre également une responsabilité.

Paragraphe 1. L'histoire violente répétée et l'inefficience de la responsabilité

589. Celui qui commet des violences familiales en a souvent d'abord été victime⁷⁸¹. Comme en renvoyant le droit peut-être à une défaillance passée, qu'il devrait assumer en voyant le crime se reproduire d'une génération à l'autre, cette particularité de la maltraitance familiale ne peut être ignorée (I). Elle conduit même au fond à interroger la liberté de celui qui est l'auteur de la violence, car s'il ne peut évidemment être excusé, il faut alors le dégager d'abord d'une histoire familiale spécifique (II).

I. L'AUTEUR ACTUEL DE LA VIOLENCE COMME VICTIME PASSEE

590. L'élément affectif perturbe tout autant la position de la victime qui avance son amour pour le coupable comme un bouclier destiné à éteindre la possibilité d'une violence condamnable juridiquement, **que celle du coupable direct lui même**. En effet, l'affection invoquée par la victime peut également persuader le coupable de l'inexistence de son crime, qu'il prétend d'ailleurs fréquemment⁷⁸² avoir perpétré sur les « invitations » ou « provocations » de sa victime. Aussi bien, le coupable aime-t-il lui aussi le membre de sa famille dont il abuse, et quoique cet amour soit normalement moins entendu par les juridictions ayant à connaître de telles affaires que celui qui est mis en avant par la victime, il trouble lui aussi la responsabilité qui est alors engagée. La violence commise au sein de la

⁷⁸¹ Anne TURSZ, « Définition et chiffres. Idées reçues et faits démontrés. (Entretien avec Fabrice Drouelle) », Colloque national sur les violences faites aux enfants, Paris, Sénat, 14 juin 2013.

⁷⁸² Il semblerait en effet que cela soit visible non seulement pour les auteurs d'inceste, qui invoquent pratiquement de façon systématique un comportement provocateur de la victime, mais encore les auteurs de violences domestiques en général. C'est en tout cas ce que relèvent tous les ouvrages qui ont pu être consultés sur ce point, et dont il a déjà été question plus haut (en premier lieu, l'article de Sandor FERENCZI, intitulé « La confusion de langues entre les adultes et l'enfant. Le langage de la tendresse et de la passion », cf. *supra* note 417, mais on peut renvoyer également de nouveau aux travaux de RACAMIER ou de HAESEVOETS).

famille, contre un conjoint, un enfant ou un ascendant est fréquemment posée par les protagonistes comme un lien s'étant construit ainsi, par amour aussi⁷⁸³.

591. D'une façon singulière, l'affect pourrait bien, s'il n'était compris, déranger l'élément moral de l'infraction pénale, car celui qui commet alors la maltraitance familiale, qu'elle se manifeste en une violence physique ou morale, n'a proprement pas conscience de la portée de son geste. Si la victime ne pouvait comprendre quelle confusion était par là introduite entre la tendresse familiale et les troubles d'une relation « haineuse », il en va de même pour le coupable, d'ailleurs lui aussi souvent marqué, dans son enfance, par une expérience violente. Le coupable a été d'abord, souvent, victime⁷⁸⁴.

Ainsi donc, l'élément matériel de l'infraction ne fera pas défaut si l'on reconnaît bien qu'elle peut exister même en dehors de la révélation d'une contrainte physique identifiable, sur la considération d'une violence psychologique, mais la volonté et la conscience de sa réalisation ne pourront être sans discussion admises dès lors que le coupable aura prétendu avoir seulement donné de l'affection, d'une manière qu'il estime peut-être d'ailleurs si unique qu'elle ne peut être jugée par d'autres, à sa victime.

592. Sauf à considérer, ce qui serait cette fois-ci un bouleversement complet des cadres dans lesquels les maltraitances intrafamiliales sont cernées, qu'il faut s'interroger sur l'existence d'une violence familiale « involontaire », **les limites, encore une fois, du voulu et du non voulu sont mises à mal par l'invocation d'un affect, qui agit comme en aveuglant les protagonistes d'un crime sur sa nature.** Qu'a voulu celui qui impose une violence à un membre de sa famille ? Il a au moins voulu l'actualisation d'un geste. Mais il ne sait pas qu'il l'impose⁷⁸⁵, ou ne pouvait pas le savoir. Son geste en fait lui échappe.

⁷⁸³ Sur la haine qu'il y a dans l'amour, voir par exemple Donald W WINNICOTT., « L'état de dépendance dans le cadre des soins maternels et infantiles et dans la situation analytique », in *Les processus de maturation chez l'enfant*, Paris, Payot, 1974, p. 255.

⁷⁸⁴ Marc LE BLANC, Maurice CUSSON, *Traité de criminologie empirique*, Les presses de l'université de Montréal, 4^{ème} édition, Montréal, 2010, p. 245 et s. ; Martin KILLIAS, Marcelo F. AEBI, André KUHN, *Précis de criminologie*, 3^{ème} édition, Stämpfli éditions, SA Berne, 2012, n°660 et s.

⁷⁸⁵ Ou bien peut-être ne veut-il pas savoir qu'il l'impose, mais il faut bien s'en tenir à un degré de volonté pour l'étudier, car il est évident qu'elle pourrait ici être mise en abîme à l'infini. Aurait-il voulu vouloir savoir ? Etc. La *regressio ad infinitum* de la volonté n'est pas dépourvue d'intérêt, au moins pour notre analyse, parce qu'elle montre d'une part à quel point la volonté n'est pas un élément plus tangible que l'affect pour le droit, et d'autre part elle étaye la nature particulière du lien entre volonté et affect, qui ne peut qu'être ambivalent dès l'instant que l'on positionne sur un même plan deux notions qui relèvent en vérité chacune d'un ordre différent.

La violence, dans ce cadre, ne pourrait donc être rigoureusement et sans nuance qualifiée, du point de vue de l'élément psychologique de l'infraction. Certes, cet argument pourrait être repoussé, dès lors qu'au moins la conscience de l'illégalité du comportement violent ne peut faire défaut, mais enfin demeure l'absence, peut-être, de l'intention de nuire, voire même⁷⁸⁶, l'idée d'un bienfait. Il n'est pas question par là de légitimer l'attitude du parent ou du conjoint violent, mais bien de cerner, ce qui dans ces gestes, ancre la responsabilité. Un renversement complet des valeurs s'opère alors, entre celles qui sont communément admises, et celles qui ont cours dans la sphère familiale. La violence y est ainsi associée, quoiqu'elle soit en droit un crime qui vise d'abord l'identité d'une personne, à une forme de rébellion, ou de différenciation, socialement très signifiante. Le sentiment du coupable de vivre un amour essentiellement incompris serait ainsi loin de ne constituer qu'une tentative artificielle et vaine du coupable pour expliquer son geste devant la loi, mais il pourrait être véritablement porteur d'un sens spécifique de la maltraitance. L'affection pèse indéniablement sur la signification même de l'acte violent, pour le coupable.

593. Cette perte de sens de la violence familiale pour celui qui le commet est liée à la possible répétition intergénérationnelle de ce crime. En effet, l'histoire violente qu'ont en partage nombre d'auteurs de maltraitances intrafamiliales⁷⁸⁷ soulève un questionnement qui ne semble pas assez exploité dans la compréhension spécifiquement juridique de cette forme de criminalité. Le fait que l'auteur d'un geste violent à l'égard de son parent ou de son conjoint soit fréquemment une ancienne victime ne peut pas être regardé sous le seul angle de l'explication du crime. Car c'est bien ainsi seulement qu'il est appréhendé pour l'heure, comme une forme de mobile, qui, à ce titre, n'influence aucunement la qualification du crime, mais peut en pondérer les sanctions.

Or, l'examen un peu serré de la spécificité de la violence familiale révèle que sa transmission intergénérationnelle est bien plus qu'un possible mobile, intégrant dans un schéma formellement rationnel une action qui peut se définir indépendamment de lui. L'héritage violent fait pratiquement partie intégrante de l'attitude criminelle.

⁷⁸⁶ Pour un exemple dans une situation d'inceste, il est possible de renvoyer encore à la décision rendue par la cour d'Assises de la Somme en 2012, qui est en cela assez idéal typique. Cf. *supra* pour une citation des références précises de cette décision.

⁷⁸⁷ Il n'est ici pas du tout question d'enfermer l'homme dans un déterminisme qui le conduirait obligatoirement du rôle de victime à celui de bourreau. Bien évidemment la liberté demeure, et le simple constat de la fréquence de la répétition de l'inceste ne met pas en échec cette liberté fondamentale.

594. S'il étouffe la possibilité même du don, et de sa formulation, si l'histoire ne peut plus avancer, alors il faut nécessairement qu'elle se répète. L'enfant battu a tendance à devenir violent, sans finalement radicalement changer de rôle, comme s'il passait d'un côté du crime à l'autre, mais plutôt en continuant l'acte qu'il a d'abord subi. Cette nature de la maltraitance a un aspect juridique, dont les implications excèdent celles qui étaient visées d'abord au travers de la question des mobiles. L'auteur d'une violence physique ou morale commise dans la famille est radicalement libre d'agir, et il n'est pas question de l'enfermer dans un déterminisme qui exclurait sa responsabilité et qui aboutirait à une dramatique confusion des auteurs et des victimes.

Mais, dans cette liberté, la volonté n'a qu'une portée réduite, plus encore ici qu'ailleurs, dès lors que la volonté est partout schématiquement exagérée dans ses implications, parce qu'elle se trouve dans ce cas à la fois parfaitement distinguée de l'élément affectif, regardé, d'une façon presque cartésienne, comme un ensemble d'impressions qui ne peuvent que fausser la volonté⁷⁸⁸, et concomitamment parfaitement fondue dans ce même bain affectif, regardé cette fois comme un structure supérieure, qui ne peut plus être celle de la personne, mais qui ne peut être que celle de l'individu, justifiant toute action et la légitimant d'avance⁷⁸⁹.

En somme, il y a là une difficulté majeure dans la compréhension de la volonté de celui qui commet une violence familiale : tout se passe comme s'il était soit pris dans un déterminisme de la réédition infinie de son crime, lequel reviendrait à rejeter sa responsabilité juridique, soit pris dans une impossible rencontre entre soi et l'autre qui s'actualise dans son crime, laquelle aboutit tout autant au rejet de sa responsabilité juridique.

⁷⁸⁸ Cf. *supra*. p. 49.

⁷⁸⁹ Il ya sans doute un lien entre cette manière de percevoir une forme de la volonté assimilée à un affect réduit, pour ne pas dire rabaissé, à une suprématie de soi sur l'autre, et la pensée de Sade. Il n'est d'ailleurs peut-être pas anodin que ses ouvrages contiennent de nombreuses scènes d'inceste.

II. RESPONSABILITE DIFFICILE ET LIBERTE NECESSAIREMENT

PRESUMEE

595. Comment peut-on alors tenir compte en droit de cette tendance à la répétition de la maltraitance d'une génération à l'autre, sans se heurter au paradoxe d'une responsabilité impossible ? L'aporie sur laquelle semble déboucher ce problème semble être en fait dépendante des termes dans lesquels il est posé. Il est effectivement possible de considérer peut être qu'il n'est pas nécessaire de cerner une volonté idéalisée et quasiment allégorique pour déterminer une responsabilité du conjoint ou du parent violent.

L'existence fréquente, dans son histoire personnelle, d'une violence subie brouille certes sa volonté, puisque son acte à lui ne peut plus alors être nettement positionné du côté du voulu ou de celui du non voulu, mais elle n'entame pas pourtant automatiquement sa liberté d'agir, qui intègre aussi bien l'élément affectif.

L'élément moral de l'infraction ne devrait dans ce cas être recherché que comme une intention d'accomplir la violence, au moment seulement où elle s'est produite. Dans sa liberté, l'auteur de ce crime pouvait ne pas agir ainsi, même si son propre système de valeur était pratiquement incapable de concevoir le sens de son geste⁷⁹⁰, parce qu'il est inscrit dans son histoire personnelle sous une signification⁷⁹¹ tronquée. De volonté absolue⁷⁹², il n'est guère possible d'en trouver qui soit aux commandes de l'auteur d'une maltraitance, lui-même ancienne victime de ce type particulier de violence. En revanche, en visant plus modestement la seule condition de la capacité que conserve l'auteur de la violence à agir différemment, il devient à nouveau possible de regarder sa responsabilité pénale, et de l'engager.

⁷⁹⁰ Mais d'ailleurs tout crime correspond sans doute, à l'heure du passage à l'acte, à un renversement de valeurs qui conditionne la réalisation d'un geste criminel. Il est édifiant qu'en matière familiale ces questions relatives à la volonté puissent surgir comme si elles étaient neuves, alors que l'absolutisation de l'action volontaire aurait partout de quoi mettre en échec la possibilité d'une responsabilité juridique.

⁷⁹¹ Pour éclairer la distinction qu'il y a lieu de faire entre le sens et la signification, il est utile de renvoyer à l'analyse de Raymond RUYER, « L'expressivité », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1955, n° 1-2, p. 69 à 100. L'auteur illustre ainsi son propos, qui semble utile à la précision de notre idée : « La signification du mot « fuir », la « référence » du mot, c'est la conduite de l'animal. Le sens de la conduite, de la fuite réelle, c'est la conduite elle-même, en tant qu'elle vise une fin (« échapper au danger »). Alors que le sens ne suppose qu'un seul être [...] et que le témoin du sens, par exemple moi qui vois fuir un animal, n'est pas constituant du sens et n'est pas indispensable, la signification suppose trois êtres : l'objet ou le sens signifié ; l'objet qui signifie : le signe ; le sujet qui utilise le signe, soit pour comprendre, soit pour faire comprendre [...] », p. 77. Peut-être devrait-on ajouter que RUYER postule que le sens est premier par rapport à la signification. Il est certainement intéressant de rapporter cette analyse à ce qui vient d'être dit de l'inceste : le sens de son crime peut bien échapper à celui qui en est l'auteur, la signification qu'il revêt demeure accessible.

⁷⁹² Il faut bien admettre qu'on ne peut en fait espérer trouver de telle volonté nulle part.

Rien n'interdit, dans un second temps, que soient admises au rang de circonstances atténuantes les données relatives à la persistance d'une souffrance personnelle de l'auteur de la violence commise contre son proche, et qu'une partie de sa peine ne soit constituée par une obligation de se soumettre un suivi socio-psychologique⁷⁹³.

596. Au fond, cette analyse de la portée d'une histoire affective sur la volonté et sur la responsabilité de l'auteur d'une violence **n'est sans doute pas négligeable quant aux précisions qu'elle induit, et qui sont relatives au sens de la responsabilité dans les maltraitements familiaux**. La répétition des gestes violents sur un plan intergénérationnel doit induire également une répétition de la responsabilité, qui devient alors comme une chaîne de responsabilité, dont les maillons sont liés, tout en formant chacun une boucle qui peut être regardée de façon autonome.

Loin de mettre en péril l'admission d'une responsabilité de celui qui a vécu la maltraitance en tant que victime *d'abord*, en postulant, comme une « maladie », que la marque de la violence subie conduise à celle de la violence imposée, et en faisant alors des victimes de maltraitements des auteurs toujours potentiels et irresponsables⁷⁹⁴, la reconnaissance de l'actualité d'une histoire violente peut affiner la perception que le droit a de ce type de violence familiale, et éclairer les fondements de la responsabilité qui y est attachée. Il y a une place pour faire entrer la vérité d'une souffrance déjà vécue par l'auteur de cette violence, et donc pour reconnaître la véracité d'un cercle violent, sans abolir la responsabilité pénale.

Parler d'une chaîne de la responsabilité traduit l'idée selon laquelle il y aurait un lien possible⁷⁹⁵ entre la position de la victime des maltraitements et celle du coupable, ce qui est apparemment admis largement en psychologie déjà⁷⁹⁶, et qui pourrait être utile en droit à

⁷⁹³ Ce qui est déjà un fait bien ancré dans la pratique. Pour l'ensemble des violences sexuelles, sans distinction propre à l'inceste, on relève que l'injonction de soins est prononcée dans 66 % des cas (étude statistique menée en mars 2011, consultée sur [www.http://assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4421.asp](http://assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4421.asp)). Selon toutes vraisemblances, les violences sexuelles commises dans la famille ne devraient pas être soumises à moins de mesure socio-judiciaires. On peut néanmoins regretter d'études spécifiques, pouvant éventuellement montrer si de telles mesures sont prononcées plus automatiquement après un inceste qu'après une violence sexuelle commise sur une personne étrangère au cercle familial du criminel.

⁷⁹⁴ Ce sont encore les débats sur la « dangerosité » du criminel qui sont visés ici. Car, si l'on admet que l'inceste a une tendance à être reproduit d'une génération à l'autre, il est souvent malheureusement difficile alors de ne pas faire peser sur toute victime d'inceste un soupçon de culpabilité pour un inceste à venir, qu'elle commettrait elle-même. Nous serions donc ici en présence d'un cas de dangerosité de la victime d'un crime, et non de celle d'un criminel que l'on suppose récidiviste.

⁷⁹⁵ Insistons encore sur le caractère seulement potentiel de ce lien.

⁷⁹⁶ Il est ici possible de renvoyer indifféremment à chacun des ouvrages déjà cités sur cette thématique, puisque aucun ne semble en fait remettre en cause cette tendance de l'inceste à la répétition. Mais à la vérité, quand bien même les progrès de la connaissance psychologique en viendraient à mettre en lumière la mauvaise

l'admission d'une responsabilité spécifique dans la famille. Alors que le concept de solidarité familiale est utilisé en droit civil, et qu'il est historiquement lié plus à la vengeance qu'à la justice⁷⁹⁷, il pourrait devenir ici, et sous une autre forme, un moyen de concevoir que la responsabilité de l'auteur d'un inceste puisse être liée à la violence qu'il aura subie plus tôt, sans en être diminuée en son principe.

597. Au-delà même de la responsabilité de celui qui commet les maltraitances, et de la considération des souffrances qu'il aura lui-même subies avant de les faire subir, ce qui constitue un premier maillon de la chaîne des responsabilités qu'il est ici possible d'identifier, il existe un second degré d'enchaînement des responsabilités qui se fixe sur le rôle des témoins familiaux et passifs de la violence.

Paragraphe 2. Responsabilité inefficace des témoins familiaux

598. Parce que lors d'une violence, **d'autres membres de la famille peuvent rester silencieux, ou même dénier l'actualité de ce qui se produit sous leurs yeux**, il n'est pas *a priori* impensable de s'interroger sur la responsabilité qui pourrait découler de cette passivité face au crime. Nombreuses sont ainsi par exemple les épouses et mères à être condamnées pour leur absence de réaction face à la violence de leur conjoint sur les enfants du couple⁷⁹⁸. Eclairées à la lumière de l'affect, ces condamnations pourtant ne vont pas sans poser des questions, relatives aux fondements de la responsabilité engagée (I), et aux perspectives qu'elle révèle (II).

interprétation de données statistiques quant à la fréquence de ces répétitions, l'analyse ici proposée ne s'en trouverait pas automatiquement invalidée, puisque ce qui est étudié ici c'est bien qualitativement le cas d'un auteur de violences familiales qui aurait été une victime, ou même spectateur, de ce crime auparavant.

⁷⁹⁷ Gustave GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Albert Fontemoing éditeur, Paris, 1904, 633 p. Consulté en ligne sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k82859z>

⁷⁹⁸ Par exemple • Assises du Cher, 17 octobre 2014. La mère a été condamnée pour non-dénonciation de mauvais traitements, alors que le père avait secoué leur enfant de quatre mois.

I. FONDEMENTS POSSIBLES DE LA RESPONSABILITE DES MEMBRES DE LA FAMILLE SPECTATEURS DE LA VIOLENCE

599. L’appréhension de la violence morale dans laquelle est prise la personne subissant la violence d’un consanguin **ouvre en outre à une prise en considération de la pluralité des responsabilités**, dont l’existence a été introduite rapidement en introduisant cette étude du poids d’un affect dérégulé sur des violences commises à l’intérieur de la famille.

En effet, il apparaît que les situations de maltraitance sont souvent des situations dont les tenants et les aboutissants dépassent le strict cadre de la relation liant victime et coupable. La famille peut être toute entière concernée, y compris par un lien de responsabilité qu’il est difficile d’appréhender. Il est encore une fois possible de s’interroger sur la manière dont les cadres du droit pénal sont mis à mal par la considération d’un élément affectif perturbateur.

600. Lorsque l’un des parents connaît la violence mais ne dit rien, ce qui est la situation la plus fréquente, **il peut être condamné au pénal pour complicité**, si la démonstration de sa connaissance de la violence physique ou morale est faite⁷⁹⁹. L’hypothèse de l’octroi de dommages et intérêts au civil, que devrait payer ce parent complice, pourrait bien n’être qu’un cas d’école dans la mesure où il serait impossible d’admettre que le silence ait été la cause de la violence et des préjudices qu’il aurait engendré. Ce silence, néanmoins, est certainement causalement lié à la continuité de la violence, qui ne perdure que dans le secret⁸⁰⁰. En revanche, il serait peut-être possible d’aller plus loin en reconnaissant l’existence d’un préjudice particulier lié précisément au silence de ce parent, et à lui seul, même sans qu’il soit pris dans une causalité incertaine quant à la réalisation de la violence, rien

⁷⁹⁹ Voir par exemple, Assises du Cher, 17 octobre 2014, pour une affaire dans laquelle un mineur de quatre mois a été secoué par son père. Le père, comme auteur de la violence, a été condamné à dix ans de réclusion criminelle, tandis que la mère, pour non-dénonciation de mauvais traitement, a été condamnée à trente mois de prison, dont dix-huit fermes.

⁸⁰⁰ Pour une affaire condamnant pourtant également le parent « spectateur » au paiement de dommages et intérêts, voir TGI Arras, 17 juillet 2012, dans lequel le couple parental a été présenté en comparution immédiate pour les violences commises à l’encontre de leurs trois enfants. Le père, qui est l’auteur des violences, est condamné, civilement, à verser des dommages et intérêts d’un montant de quatre mille euros à sa fille aînée, et de deux mille euros à ses deux autres enfants. La mère, pour son silence, est condamnée à verser à sa fille aînée mille cinq cent euros de dommages et intérêts, et sept cent euros à chacun de ses autres enfants.

n'interdirait en principe qu'une responsabilité civile soit engagée⁸⁰¹. En un sens, ce silence doit être considéré comme une violence lui-même, qui pourrait à la rigueur être perçue indépendamment de la violence physique infligée.

Notamment, si l'inceste est une catégorie spécifique des violences familiales, il doit être noté que le silence dans ce cas est, d'une façon édifiante, violent en lui-même. Dans l'affaire citée plus haut, jugée par la Cour d'assises de la Somme, et qui pouvait apparaître comme exemplaire des difficultés propres à la sanction de l'inceste, la mère des filles incestées par leur père avait ainsi été condamnée sensiblement comme ce dernier⁸⁰². Il était d'ailleurs particulièrement relevant que cette mère ait été plus durement dénoncée par ses filles. Il est vrai que dans cette affaire, le parent « complice » avait fait plus que de garder le silence sur la situation, à laquelle elle avait participé.

601. Une responsabilité « en chaîne » semble donc se dessiner dans ces situations de maltraitances familiales, et cette forme particulière de la responsabilité avait besoin que la violence puisse être perçue comme une violence morale avant même que d'être physique. Puisque effectivement il a été montré qu'il serait possible de concevoir la violence familiale en dehors de ses seules manifestations physiques, il n'est plus interdit de concevoir qu'elle puisse être le fait de plusieurs auteurs⁸⁰³.

Une fois encore pourtant, il semblerait que l'élément affectif ne permette pas de transposer simplement la notion de complicité dans l'univers du crime familial, pour que soit

⁸⁰¹ À notre connaissance, il n'existe pas d'exemple jurisprudentiel de la reconnaissance d'un tel préjudice, ni même d'ailleurs d'exemple de responsabilité civile engagée par une personne victime d'inceste à l'encontre d'un parent n'ayant pas commis ce crime, mais y ayant indirectement participé.

⁸⁰² Le père a été condamné à cinq années d'emprisonnement, dont trois ans avec sursis, et la mère à quatre années d'emprisonnement, dont deux ans avec sursis. Comme les deux parents avaient déjà passés, au jour de cette décision, deux ans en prison, ils ont tous deux pu en sortir à l'issue de ce procès. Signalons qu'évidemment les deux parents ont été en outre soumis à un suivi socio-judiciaire de dix ans, conformément aux articles 132-44, 132-45 et 131-36-4 du Code pénal. Les résultats de ce suivi ne peuvent qu'être contestés puisque l'affaire a connu un issue tragique, lorsque le père a finalement assassiné deux ans plus tard la fille avec laquelle il vivait en couple.

⁸⁰³ Il faut peut-être ici reprendre les termes de la décision rendue, selon laquelle cette femme a « sciemment, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du crime de viol sur mineure de 15 ans et par ascendant légitime », en plus d'avoir elle-même commis sur la personne de ses filles « une atteinte sexuelle par violence, contrainte ou surprise, avec ces circonstances que les faits ont été commis sur une mineure de quinze ans, (...) et par ascendant légitime ». Les termes de cette condamnation sont clairs sur la nature active du rôle qu'a joué la mère dans cette affaire, mais il apparaît également que si sa condamnation a été équivalente à celle du père, c'est bien parce que les juges ont estimé que ses agissements étaient d'une gravité équivalente à ceux de son mari, qui est pourtant l'auteur des viols répétés de ses filles. Cette analyse de la décision n'est qu'une interprétation possible, et dont la confirmation est rendue difficile par les circonstances particulières de l'espèce, dans la mesure où, rappelons-le, les deux filles incestées ont accusé devant le juge plus sévèrement leur mère que leur père. Cela aura pu peser sur les sanctions prononcées.

saisie cette forme particulière de responsabilité qui s'attache à celui des parents qui sait mais qui ne dit rien, ou qui participe de façon active aux violences commises.

Le problème se pose en vérité avec une acuité particulière dans le cas du parent qui choisirait de taire les événements dont il est le témoin, puisque celui qui joue un rôle dans leur déroulement peut être incriminé de façon autonome, sans que les liens qui l'unissaient à l'agresseur ne fassent l'objet d'une attention particulière. La pluralité des criminels ici ne modifie pas l'analyse qui doit être faite des responsabilités de chacun, en ce sens qu'il sera alors en vérité fait état de chacun des liens de violence reconnus de façon distincte. Les maltraitances commises par le père seront par exemple dénoncées et sanctionnées sans que ne soient prises en compte celles commises également par un oncle. Chacune de ces violences existe indépendamment de l'autre. Il en va différemment lorsque le complice que l'on désigne n'a pas activement participé au crime, mais a collaboré par son silence, en laissant peut-être par lui la violence exister, contre la protection qu'il devait à son proche violenté.

602. La passivité, voire l'état de sidération, qui caractérise alors le comportement du parent ou l'allié qui ne dévoile pas la situation de maltraitance connu de lui se rapprocherait bien plutôt de la non assistance à personne en danger que de la complicité. Cette dernière se caractérise par une abstention volontaire d'agir, ou plus généralement d'aider, alors que c'eût été sans risque, une personne en péril⁸⁰⁴. S'il est en principe clair que la victime d'une violence familiale soit bien en péril, quoique la mesure du risque et du danger puisse susciter quelques discussions, comme ne manquent pas de le faire remarquer ceux qui ne sont pas favorable à une action trop invasive du droit pénal sur ces questions⁸⁰⁵, il est moins aisé de définir la place de la volonté dans l'abstention de celui ou de celle qui tait le secret familial qu'il aura découvert⁸⁰⁶, ou qui d'ailleurs ne lui aura jamais été

⁸⁰⁴ Art 223-6 du Code pénal : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

⁸⁰⁵ Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} édition, éditions Cujas, Mercurès, 2014, n° 552. ; Marie TINEL, « La famille en droit pénal », *in Droits*, N°56, 2012, p. 155 à 177.

⁸⁰⁶ Sachant que cette idée de découverte elle-même peut être délicate d'un point de vue psychologique, dans la mesure où le silence est parfois d'un tel poids qu'il relève pratiquement d'un déni, c'est-à-dire d'une chose que l'on sait sans le savoir. Lorsque la presse relate des procès concernant des affaires de maltraitances, il n'est ainsi par rare qu'elle relève le mutisme dans lequel sont plongés ceux qui ne pouvaient pas ignorer les violences mais qui n'ont apparemment su ou pu agir contre elles. Ce mutisme doit être révélateur d'un déni de la violence. On ne sait que dire, parce qu'on a su d'abord penser cette violence, qui vraiment, était impensable. Cf. TGI Arras, préc. Dans la presse locale, la mère a ainsi été présentée : « La mère n'a pas prononcé une phrase de plus de quatre mots pendant le procès. Elle ne réagit pas. Elle se tient à côté de son mari pendant les questions de la cour et ne lève pas la tête ».

caché. L'élément affectif, ici comme ailleurs, semble nuire considérablement à la clarté des distinctions du voulu et du non-voulu.

Même sans considérer que l'affect puisse rendre tout aussi délicate la caractérisation de l'absence de risque pour celui qui aurait dû agir, puisqu'il serait alors possible de discuter de l'existence actuelle de ce risque, ou de discuter de sa définition, dès lors qu'il est, dans le cas de la dénonciation de la violence, principalement constitué par le spectre de l'éclatement de la famille, l'élément affectif place le parent silencieux dans un autre ordre que celui dans lequel serait le spectateur d'une violence extra familiale.

603. Le risque, qui existe bien pour le membre d'une famille qui dénoncerait un consanguin ou un conjoint, **de voir sa situation personnelle bouleversée pourrait ne pas être de nature à écarter l'application de l'article 223-6 du Code pénal**. En effet, dans la mesure où la fragilisation du groupe familial est, d'une part, une conséquence sans doute inévitable de l'intervention d'un des membres de la famille pour s'opposer à la situation de violence, et où, d'autre part, la fragilité dont il s'agit ici est bien plus certainement préexistante aux maltraitances, dont la révélation ne fait que mettre en lumière les failles de la famille dans laquelle elles se sont produites, il est difficile d'admettre que ce risque autorise l'absence de réaction. Chacun de ces deux arguments doit être étudié avec minutie, parce qu'ils recèlent de nombreuses difficultés techniques, et distinctement, parce qu'ils ne recouvrent pas les mêmes enjeux. Ce n'est qu'au terme de leur étude qu'il sera possible de saisir clairement les voies par lesquelles le témoignage d'un membre de la famille sur la violence qu'il sait exister peut être compris par la responsabilité.

604. Quant à la première des raisons qui vient d'être évoquée, il est clair qu'**admettre que le risque qui ne doit pas être couru**, par celui qui prête assistance à une personne en danger, **puisse être constitué par les risques familiaux pris par celui qui intervient, pour dénoncer ou interrompre une violence, revient à admettre que la non assistance à personne en danger ne sera jamais applicable dans une situation de maltraitance familiale**.

L'affect joue un rôle ambivalent dans ce cas, puisqu'il lie bien souvent le témoin de ces agissements violents à la fois à la victime et au coupable, et puisqu'il explique seul que

l'exposition publique des violences intrafamiliales puisse constituer un danger. Le rôle de spectateur, ordinairement propre à la position de celui qui juge un comportement de façon impartiale⁸⁰⁷, semble ici au contraire mettre en échec la possibilité du jugement. Tout se passe comme si le parent qui ne pouvait pas ignorer la nature illégale, et au-delà, nuisible de la relation violente de deux membres de sa famille était, par l'existence de ses liens d'affection, placé dans une incapacité de juger, et donc d'agir. Le lien entre jugement et action est ici d'une importance majeure, parce qu'il apparaît que c'est en le considérant comme automatique qu'il est en fait possible d'en arriver au constat selon lequel la non action est issue d'un non jugement.

L'affection lierait alors trop particulièrement le spectateur aux protagonistes de la scène qu'il devrait interrompre, le fixant à un vécu concret, au-dessus duquel il ne pourrait plus se placer pour faire parler en lui ce tiers impartial et profondément abstrait⁸⁰⁸. Quoique cette conception de la théorie des sentiments moraux soit peut-être tronquée, puisqu'elle semble évacuer la question de la situation, qui ne peut qu'être particulière et concrète, de laquelle Adam Smith fait dépendre la sympathie, elle semble néanmoins révélatrice de la difficulté spécifique à laquelle est confrontée la personne à qui s'impose le spectacle de la maltraitance commis dans sa famille.

⁸⁰⁷ C'est encore à Adam SMITH que l'on se réfère ici. Il paraît toutefois utile de préciser, comme l'a noté Pascal TARANTO (« Le spectateur impartial et la « médiocrité » de la vertu », texte paru sur internet en 2010, et issu d'une conférence donnée à Curitiba, Brésil, en juin 2007, <http://caphi.univ-nantes.fr/Le-spectateur-impartial-et-la>), que si Smith n'est pas le seul à qui l'on doit attribuer la paternité de ce spectateur impartial, puisque en la matière les œuvres de HUTCHESON ou de HUME développent aussi bien cette figure en vue de théoriser les sentiments moraux, il est en revanche le seul à avoir lié ce personnage à la sympathie. Pascal TARANTO expose ainsi très clairement l'idée selon laquelle il faudrait noter : « (...) la distinction entre moi qui regarde (*see*) et ressent une sympathie par analogie (*fellow-feeling* : affinité), et c'est le spectateur réel ; et le moi qui imagine (ou conçoit) les sentiments du receveur par rapport à l'agent, dans la situation où il reçoit ces bienfaits, puis estime et sanctionne (*applauds*) le retour de gratitude qu'il est disposé à accomplir comme étant *proper and suitable* : et là, c'est le spectateur impartial qui opère, à la fois en ramenant le cas en lui et entrant sympathiquement dans les sentiments des autres protagonistes, accomplissant cette indispensable altération de l'individu qui lui permettra d'être moral par l'adéquation de ces actions et affections avec un certain « point de convenance ». ». Il est cependant impossible de suivre entièrement les développements de cet article, dans la mesure où il peut paraître ne pas avoir tiré toutes les conséquences de la notion de situation dans la théorie smithienne des sentiments moraux. Si l'on doit s'accorder sur cette possibilité pour le spectateur d'être à la fois celui qui regarde la scène sur laquelle se joue la détermination d'un bien et d'un mal, et à la fois celui qui juge cette même scène, comme s'il en était détaché, il faudrait ici plutôt donner tout son sens à l'analogie. Il juge comme s'il n'était pas impliqué dans une situation qui existe pourtant bel et bien pour lui. Il s'élève au-dessus d'elle, non par l'effet d'un dédoublement au cours duquel il recevrait les lumières d'un tiers impartial désincarné, mais par l'effet au contraire d'une intention tendue vers l'actualité de cette situation qu'il parvient à observer dans sa totalité par la force de la sympathie.

⁸⁰⁸ Jean-Marc TRIGEAUD, « Sympathie et responsabilité pénale : l'inspiration smithienne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Larguier, Droit pénal, Procédure pénale*, P.U.F, Grenoble, 1993, p.329 à 356.

II. PERSPECTIVES D'UNE FORME DE SOLIDARITE FAMILIALE

605. La solidarité marque l'idée qu'en ces situations la famille se soude, en un sens négatif, et cristallise en quelque sorte un déni, pour ne pas avoir à affronter la responsabilité qui devrait découler de la dénonciation du crime. L'affect intervient très lourdement évidemment sur ces faits, puisqu'il prive les témoins de leur qualité de « spectateur impartial », et ainsi peut-être de leur faculté de juger la violence, comme bonne ou mauvaise (A). la responsabilité courre ainsi peut-être de l'indicible au secret et au silence (B).

A. Rôle de l'affect dans la formation du jugement du spectateur « partial »

606. La sympathie dont il est question dans l'œuvre de Smith⁸⁰⁹, est en effet en principe liée à une situation, qu'il s'agit certes d'observer d'un peu haut, mais qui n'en demeure pas moins précise et concrète. Il s'agit bien de regarder tel homme agir de telle manière avec tel autre, et de se sentir par ce regard en sympathie avec celui-ci ou avec celui-là, voire même pourquoi pas avec chacun des deux alternativement ou concomitamment. Si dans un second temps cette sympathie directe rejoint une forme indirecte de la sympathie, moins incarnée, il n'en reste pas moins que c'est la directe qui est première dans l'activité « jugeante ». Ce n'est donc pas l'affection qu'un témoin porte aux protagonistes d'un crime familial qui interdit, en elle-même, à ce dernier d'intervenir.

Au contraire, il serait possible, sans trahir la théorie des sentiments moraux, de dire que ce mouvement affectif est une nécessité de la déclaration de la valeur et de l'action. L'affection ne peut ainsi plus, contrairement à ce que l'on a cru induire d'abord, justifier la passivité d'une personne⁸¹⁰ ou d'une famille face à la violence connue de tous ceux qui partagent une communauté de vie. Elle révèle en revanche une indéniable faille qui se creuse

⁸⁰⁹ Et pour la définition de laquelle il est possible de renvoyer à l'introduction de cette thèse. Cf. *supra*. p. 1 » et s.

⁸¹⁰ Si ces lignes s'étendraient excessivement en dehors de leur champ si l'étude était menée de la distinction de la passivité ici dénoncée et d'une forme de sidération, cette dernière n'en demeurerait pas moins enrichissante. En effet, l'affect explique peut-être bien ce premier temps « sidéré », « choqué » et figé dans lequel l'action semble devenir impossible. Mais il ne peut en fait justifier ensuite le second temps de la passivité, dans lequel existe un embryon d'acceptation, déjà intolérable lorsqu'il s'agit de laisser un proche en violenter un autre.

entre l'expérience du jugement et celle de la « consquentialisation » de ce jugement. La détermination de la valeur de la scène qui se joue sous ses yeux n'est précisément pas suivie des effets qui lui sont en principe attachés. Soit il faut admettre que le jugement qui ne se matérialise pas en un acte n'existe pas⁸¹¹, soit, et c'est bien sûr cette seconde hypothèse qui semble la plus probable, que le jugement peut, dans des situations exceptionnelles telles que celles qui font l'objet d'un examen ici, ne pas conduire directement à une décision et à une action.

607. Il y a bien pourtant une actualité dans ce phénomène qui pousse la personne qui connaît les nature des relations qu'entretiennent des membres de sa famille à ne rien dire ou faire qui puisse les entraver. Parce qu'il a fallu remarquer que cette inaction pouvait tomber sous le joug d'une responsabilité, la compréhension, en un sens qui puisse être proprement juridique, de ce phénomène est essentielle.

Si ce n'est l'élément affectif qui justifie ce silence, il faut bien néanmoins qu'il y ait un rôle à jouer dès lors qu'il n'y a peut-être lui qui puisse distinguer le cas de celui qui se tait dans la famille, de celui qui serait un parfait spectateur impartial, et qui, sans doute, du moins on peut le supposer dans le contexte actuel d'une meilleure mise en lumière des violences faites aux personnes, quelle que soient leur nature, agirait pour y mettre un terme.

608. On pourrait peut-être postuler que le silence gardé pourrait être le symptôme d'un jugement déjà prononcé, et dont la faveur irait au coupable que l'on accepte passivement de protéger. Le rôle de l'affect serait ainsi réintroduit par le biais d'une préférence accordée à celui qui est le coupable. *A contrario*, il deviendrait clair que les cas dans lesquels la relation violente est dévoilée par un des membres de la famille seraient les manifestations d'une affection plus actuelle pour la victime. Dans un tel système explicatif, la responsabilité de celui qui se tait pourrait reposer, sans que cela paraisse excessif, sur la non assistance à personne en danger. En effet, il y aurait bien alors une décision de ne rien dire, laquelle obtiendrait, par la préférence accordée au coupable plutôt qu'à la victime, un caractère proprement délibéré.

Mais cette hypothèse doit être nuancée, parce que trop simpliste. Sans doute y a-t-il des parents ou des conjoints qui finissent par dénoncer la maltraitance alors qu'ils voudraient

⁸¹¹ Comment pourtant ne pas croire Léon HUSSON lorsqu'il affirme que l'acte humain ne se réduit pas sa matérialité ?

protéger leur allié ou leur consanguin coupable, et des silences qui durent malgré l'amour porté à la victime. Il n'est pas nécessaire de quantifier ces possibilités, de les juger moins ou plus nombreuses que celles dans lesquelles on arriverait plus simplement au constat d'une lacune affective du spectateur envers la victime, pour qu'il soit utile de les observer. Leur existence suffit à montrer les limites de l'analyse qui vient d'être formulée.

Dans ces cas d'affection trouble, que faire de la responsabilité de ce parent qui laisse la violence être et demeurer dans sa famille ? Cette responsabilité est bien celle qui sera mise en échec, du moins pour le fondement de la légitime défense, comme ne pouvant être le résultat d'une délibération.

609. A ce stade, l'aporie semble indépassable : la **présence s'impose d'un comportement qui relève en principe de la responsabilité**, comme toute forme de participation active ou passive à n'importe quel crime pénalement réprimé, **mais qui serait mis en échec par le jeu d'une affection ambivalente**. L'élément affectif est ici clairement perturbateur, et reviendrait, s'il n'était pas plus avant examiné, à justifier l'attitude de celui qui garde le secret d'un crime. De telles excuses, on s'en souvient, ne sont pas à exclure dans le cadre familial⁸¹², et une voie de résolution de l'impasse à laquelle le raisonnement a été conduit s'impose peut-être dans ces excuses. Cette solution présente pourtant une difficulté majeure, liée au principe même de l'interprétation stricte des lois pénales, et qui n'est d'ailleurs pas étrangère aux problématiques rencontrées par le législateur dans ses tentatives d'intervention en matière de violences intrafamiliales. Définir un cas général dans lequel il serait possible de ne pas dire la violence physique ou morale que subit l'un des membres de sa famille, c'est reconnaître *a priori* la possibilité pour une personne de ne pas intervenir dans un crime dont elle est le témoin. Plus qu'une simple exception, cette exclusion de la responsabilité serait un principe, qui ne pourrait être admis sans que soit remise en cause la pénalisation des maltraitances elles-mêmes⁸¹³.

⁸¹² Cf. *infra* sur les immunités familiales. Bien entendu, le silence gardé sur un inceste ne relève pas des cas pour lesquelles des excuses seraient organisées légalement. Mais il serait possible, analogiquement, de construire un régime d'immunité pour ce parent silencieux, en retenant par exemple uniquement le cas d'une femme assistant impuissante aux violences de son mari sur leurs enfants, et dont le silence serait acheté au prix d'une violence, éventuellement morale, subie par elle. Dans l'hypothèse où une telle exclusion de la responsabilité serait organisée, pour faire exception aux principes de la responsabilité du complice, il serait tout à fait crucial de poser une définition très restrictive des situations concernées, dans la mesure où l'existence de difficultés insurmontables à la dénonciation ne doit pas masquer les cas dans lesquels il aurait pu il y avoir un véritable choix, quasiment égoïste de sacrifier la victime de l'inceste à l'équilibre fragile du groupe familial.

⁸¹³ Cette remise en cause de la condamnation pénale de l'inceste est d'ores et déjà faite, pour d'autres motifs. Disons en ce cas, plus précisément, que la reconnaissance d'une irresponsabilité du témoin de l'inceste,

610. Les violences familiales en droit pénal ne pourraient ainsi pas être parfaitement saisies, et il s'agit sans doute d'une difficulté commune aux crimes intrafamiliaux, dans la mesure où l'interprétation stricte de la loi pénale prohibe toute analogie et toute adaptation particulière voire exceptionnelle. Organiser une irresponsabilité du témoin silencieux de la maltraitance, ce n'est ni plus ni moins que de reconnaître un nouveau principe selon lequel les membres d'une même famille ne sont pas censés intervenir dans la protection les uns des autres. Il est certainement impossible, et inadapté, d'aller si loin. Il faut donc chercher ailleurs le moyen de réconcilier affect et responsabilité, si tant est que cela soit ici possible.

Dire encore que la responsabilité ne peut ni être écartée *a priori* parce que cela reviendrait à admettre un silence intolérable, ou au contraire que la responsabilité ne peut être posée sans limites parce que cela reviendrait à condamner des victimes collatérales ou indirecte de la violence exercée semble représenter les deux seules voies sur lesquelles puissent aboutir l'étude du risque pris par celui qui devrait dénoncer une violence familiale, si l'on admet que la condamnation de son comportement pourrait reposer plus légitimement sur l'idée de la non-assistance à personne en danger que sur celle de complicité. Mais il est une autre raison qui aggrave encore la difficulté de la considération du risque pris par le membre de la famille qui déciderait d'agir contre les maltraitances.

611. Pour la seconde raison avancée, relative à l'existence même de ce risque, elle devrait sans doute être nuancée sur un plan psychologique, en ce sens qu'il est bien démontré que la révélation de la violence fait souvent voler en éclat les constructions familiales sur lesquelles le groupe s'était forgé⁸¹⁴, **mais elle demeure en droit valide**, dès l'instant qu'il existe de toute façon un dysfonctionnement initial, celui là même qui aura conduit à la perpétration de la maltraitance, et que sa mise au jour par l'un des membres de la famille ne constitue pas un nouveau risque. Il serait donc dans ce cas impossible de considérer que la non assistance à personne en danger puisse être écartée au regard de ce risque dont l'actualité pose problème. Si ce risque est défini comme étant celui qui pèse sur la

qui fait partie de la même famille, est de nature à remettre en cause non seulement l'opportunité de l'intervention du droit pénal, mais encore sa légitimité. Cf. *supra*. p. 325.

⁸¹⁴ Jacques LACAN, « Les complexes familiaux dans la formation de l'individu. Essai d'analyse d'une fonction en psychologie », [1938], *Autres Écrits*, Paris, Éditions du Seuil, avril 2001, p. 23 à 84.

construction familiale, il n'est pas envisageable juridiquement de l'admettre puisque la famille se trouvait déjà en péril lors de la commission de l'acte violent.

Toutefois, si la maltraitance est une atteinte contre la personne, avant d'être une atteinte à la famille, ce que tendrait à démontrer l'analyse, il n'est peut-être pas si évident de rejeter l'apparition d'un risque nouveau pour celui qui prendrait l'initiative de dénoncer une violence, quelle qu'en soit la nature, qui a lieu dans sa famille et dont les principaux protagonistes gardent le secret. Les maltraitances, en effet, ne manquent pas d'être regardées, sous un angle quasi-sociologique, comme étant un crime visant le groupe et non la personne. L'auteur de maltraitances porterait atteinte à la valeur familiale en même temps qu'il porterait atteinte à son enfant, son parent ou à son conjoint⁸¹⁵.

612. Cette acception de la violence intrafamiliale, qui existe aussi bien dans les situations incestueuses⁸¹⁶, **peut pourtant être dépassée** en une voie proprement juridique, qui considérerait l'atteinte comme visant avant tout la personne, avec ce que cela comporte de dissolution de la spécificité de la situation de la maltraitance commise dans le cadre familial⁸¹⁷. Le groupe familial ne peut pourtant être évidemment exclu de l'examen de cette situation, parce que, c'est là l'objet des présents développements, le groupe familial est de fait mêlé tout entier à la maltraitance qui aura eu lieu, soit qu'il en soit le témoin, soit qu'il en soit la victime indirecte⁸¹⁸.

Le lien qui attache l'un des deux termes à son milieu ne permet pas, en tous cas pas à lui seul, de supposer que ce milieu soit visé directement par la maltraitance familiale. Si tel n'était pas le cas, il deviendrait possible d'observer que le spectateur de la violence que subit son allié ou son consanguin pourrait bel et bien invoquer un risque pris par lui, et qui serait susceptible de l'exclure du cadre de la non assistance à personne en danger.

613. En effet, le témoin malgré lui de ces actes pourrait alors invoquer l'imminence d'un danger personnel dans l'acte de dénonciation, qu'on serait en principe en droit d'attendre de lui. Ce n'est point la famille qui coure un risque neuf, parce qu'il est

⁸¹⁵ On ne manque pas ainsi de considérer qu'une violence, notamment commise à l'encontre d'un ascendant, est une remise en cause d'un ordre social. Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie : traité sur le père*, Champs, Flammarion, Paris, 2000, 223 p.

⁸¹⁶ Cf. *supra*. p. 311 et s.

⁸¹⁷ Isabelle BARRIERE-BROUSSE et Méлина DOUCHY-OU DOT (dir.), *Les contentieux familiaux, Droit interne, international et européen*, Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 99 et s.

⁸¹⁸ Ainsi en va-t-il des enfants qui assistent aux violences conjugales de leurs parents. Cf. articles 515-11 du Code civil.

admis qu'elle est déjà chancelante, mais bien son équilibre à lui qui pourra être rompu par la révélation d'un secret familial, dont il est le porteur, souvent involontaire, et même quasiment inconscient. Ainsi conçue, sa situation pourrait justifier son silence, parce qu'il prendrait un risque dont la nature est affective en agissant, plus peut-être qu'en n'agissant pas, dès lors que cet immobilisme ne peut pas être défini par défaut comme un parti pris en faveur de l'auteur de la violence intrafamiliale. S'il était certainement capital de recentrer la violence sur les personnes qui la vivent, et en sont les victimes, plutôt que sur un groupe humain, cette précision est loin de permettre la résolution des difficultés auxquelles il faut bien se heurter en réfléchissant à la place accordée au membre de la famille qui voit se dérouler sous ses yeux la scène violente. Notamment, ce constat, s'il offre bien une possibilité de découvrir un risque actuel couru par celui qui s'interposerait dans sa famille, ne dissout pas les interrogations relatives à la possibilité alors de condamner qui que ce soit en cas de silence gardé.

En clair, le détour qui vient d'être fait s'achoppe sur la pierre même qui faisait déjà chanceler le premier des arguments relatifs à la nature du risque évoqué. Encore une fois, il faut admettre que si ce risque peut être actuel, il devient pratiquement impossible de distinguer des cas où il n'existerait pas ainsi. En somme, le fait pour un membre de la famille de conserver le secret d'une maltraitance qu'il connaît ne serait plus condamnable par le moyen de l'article 223-6 du Code pénal.

614. Il s'avère ainsi que l'application d'une sanction, à celui qui n'aura pas agit contre la violence qu'il sait exister dans sa famille, ne peut être sans discussion fondée sur la non-assistance à personne en danger. La question de sa capacité à intervenir sans risque pour lui est chaque fois frappée d'une même ambivalence. Le cas de la complicité silencieuse de celui qui ne commet pas physiquement la violence constitue elle aussi une difficulté véritable, et ne s'insère pas sans mal des les catégories de notre droit pénal⁸¹⁹. La participation à ce crime familial peut-elle vraiment être le fait de celui qui craint d'agir ? Cette situation est tout de même bien plus fréquente que celle dans laquelle il y a organisation d'une activité réelle en faveur de la commission de la violence, et qui tombe alors sans difficultés majeures théoriques dans le giron de la complicité.

⁸¹⁹ « Dans le principe, celui qui assiste passivement à la commission d'une *infraction* n'en est pas le complice. (...) Ce point de vue est cependant en recul aujourd'hui. » . Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} édition, Cujas, Paris, 2014, n°483 et s. ; Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 16^{ème} édition, Economica, Paris, 2009, n°540 ; Crim, 30 novembre 1810, B.C, n°154.

Partir de ce qui fonde sa singularité profonde, l'originalité du contexte dans lequel ce parent-témoin est placé pourrait certainement constituer un angle d'approche plus sûr à la détermination des fondements de la responsabilité encourue alors, qui finie par être elle-même peut-être un peu transformée. Il a été démontré plus haut⁸²⁰ que la particularité de cette position de spectateur familial de la maltraitance était, en partie au moins, construite sur l'ambivalence de l'affection qu'il porte au coupable et à la victime, sans doute au point de mettre à mal sa capacité à identifier clairement sa place face aux rôles de chacun des protagonistes. Il a été démontré également que cette ambivalence ne devait pourtant pas empêcher que soit formulé le jugement de valeur, qui peut certes être moins facile à formuler, mais qui, dans ses conditions d'existence ne peut pas être dévoyé par l'affect⁸²¹. C'est dans son actualisation que l'ambivalence affective peut se poser comme obstacle.

A chaque fois, la résolution de ce problème se heurte à la nature silencieuse de ce jugement qui se trouve privé d'effet. C'est donc elle qu'il faut démasquer.

B. Du secret de la maltraitance au silence responsable

615. Le silence, ou le secret, a-t-il dans la famille un sens qui soit distinct de celui qu'il a en dehors de ce cercle intime ? Et ce sens du non-dit peut-il suffire à fonder une responsabilité en droit, ou bien au contraire à la détourner ?⁸²² En clair, il faut se demander si le silence, qu'impose la violence commise dans ce cadre à tous, peut être une source de responsabilité, sachant qu'il n'est pas *a priori* ni en principe excusable. Ce silence est en tous cas un lourd fardeau qui pèse souvent plus lourdement qu'on ne le pense sur la victime, qui, *in fine*, est celle qui doit l'assumer. C'est à elle qu'il revient de jouer un rôle sur lequel rien ne peut être dit. Il ne s'agit pas tant de ne pas dénoncer à la justice un acte que l'on sait criminel, que de taire ce qui est indicible de toute façon. Cela est frappant à propos de

⁸²⁰ Cf. *supra*. p. 386.

⁸²¹ Cf. *supra*. p. 387.

⁸²² Voir Jean-Christophe SAINT PAU, *L'anonymat et le droit*, Philippe Conte (dir.), thèse soutenue en 1998 à l'université Montesquieu Bordeaux IV, 903 p. Cécile ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, Jean HAUSER (dir.), thèse soutenue en 1999 à l'université Montesquieu Bordeaux IV, 486 p. Si le secret doit être défini comme « le gardien des vérités individuelles opposable aux tentatives non avouées de création d'une vérité collective » selon l'auteur de cette thèse, et comme un « savoir, mais un savoir véritable, authentique, non un savoir déformé » (p. 2), alors, pour l'étude de l'inceste il faudrait peut-être rejeter la possibilité de rapprocher le secret de cette situation, dans la mesure où la violence incestueuse est davantage un non-savoir, qu'un savoir. Bien qu'il n'apparaisse pas ainsi que la notion puisse correspondre parfaitement à l'inceste, elle traduit pourtant relativement bien la question qui est soulevée quant à la possibilité d'une responsabilité engagée sur le fondement d'un non-dit, qu'importe que ce non-dit soit volontaire ou nécessaire.

l'inceste, puisque sa signification ethnologique est bien dans cette remise en cause profonde de la parole et de son sens, mais cela est vrai aussi de toute forme de maltraitance familiale, qui trouble la circulation des sentiments et des mots qui les expriment entre les personnes. De là, rien ne semble plus faire obstacle à la reconnaissance de l'impossibilité pour celui qui est le spectateur membre de la famille violente de dire ce qu'il sait. Le secret gardé dans un contexte de maltraitance pourrait pratiquement perdre sa valeur de secret, parce qu'il n'est pas gardé, il n'est tout simplement pas formulé⁸²³.

Pourtant, sans se laisser tromper encore une fois par l'unité familiale qui entrave chaque approche de la violence, celui qui n'est ni la victime, ni le coupable, est bien justement le seul qui puisse faire intervenir de nouveau la parole, et il est dès lors capital de lui préserver, ou de lui imposer peut-être, ce rôle⁸²⁴. Justement parce qu'il n'est pas un véritable spectateur impartial, mais parce qu'il est une partie mêlée au coupable autant qu'à la victime, il est celui qui peut le mieux connaître le crime et le nommer. Sa responsabilité ainsi pourrait être complètement détachée de celle du coupable, avec lequel il n'est pas complice, autant que de la douleur de la victime, qu'il n'est pas finalement vraiment question d'assister. En effet, son silence sur une maltraitance, qui a la particularité de se nouer par l'absence de parole, ne peut être complice de la violence commise, mais son silence ne peut non plus être attaché à la seule situation de la victime.

616. En un sens, **ce spectateur, lui-même membre de la famille où se jouent les mauvais traitements, est dans une posture tout à fait singulière, dans laquelle il est à la fois une victime collatérale de la violence, et un coupable secondaire de cette même violence.** Si donc l'idée d'une forme de responsabilité « en chaîne » pouvait être avancée, c'est parce que la responsabilité du témoin silencieux de la violence est entraînée à la suite de celle du parent maltraitant, sans être pour autant dépendante d'elle dans ses fondements. Cette responsabilité doit être au moins potentiellement engageable, sous peine d'invalider complètement les prohibitions attachées à ces comportements familiaux, et il faut bel et bien être en mesure de déterminer ses tenants. Le témoin du mauvais traitement, qui est souvent la compagne du coupable, mais qui pourrait aussi bien être son frère ou sa sœur, ou encore le

⁸²³ Le symbole du secret, un doigt sur la bouche, montre assez que le secret suppose que soit tu ce qui aurait pu être dit, ou ce qui, même, est toujours sur le point d'être dit. La maltraitance familiale n'est pas à ce stade de formulation.

⁸²⁴ Dans ce rôle, des précautions sont toutefois nécessaires, comme l'illustre par exemple un arrêt dans lequel des accusations mensongères avaient été formulées par la mère de deux enfants à l'encontre de leur père dans un contexte de séparation. Amiens, 4 juillet 2013, n°13-01161.

frère ou la sœur de la victime⁸²⁵, est pris entre ces deux facettes de son rôle : coupable parce que son silence participe à la constitution même du crime, victime parce qu'il subit lui aussi la violence à laquelle il assiste, et qui perturbe pour lui aussi les cadres familiaux. La double nature de sa position justifie à elle seule que la responsabilité engagée soit modérée, et ne soit pas comparable à celle dans laquelle sera pris celui qui a commis la violence directement.

617. Les fondements que l'on considère *a priori* comme étant capables d'expliquer ce phénomène ne sont ainsi ni entièrement pertinents, puisque l'étude de chacun d'eux a montré les limites de l'analogie, **ni aptes à rendre compte de cette singularité** de la responsabilité du témoin, voire plus encore de la singularité de la violence intrafamiliale.

Il apparaît effectivement que c'est elle-même qui engendre cette situation, puisque cette catégorie de crime se définit en fait par un *indisible familial, par une forme d'entrave à la parole*, qui touche tous ceux qui y sont confrontés dans ce cercle familial. Ainsi, le témoin qui n'appartiendrait à la cellule familiale, et qui serait donc un simple tiers, tomberait sans difficulté sous le coup de la non-assistance à personne en danger⁸²⁶.

618. La détermination d'une source de responsabilité à part entière pour ce membre de la famille qui tait les mauvais traitements dont il n'est pas la victime **débouche** inévitablement désormais **sur la question de savoir s'il faudrait** donc encore une fois **réadapter les règles existantes** en droit pénal, afin de donner à cette spécificité une singularité textuelle plus adaptée. Puisque pour l'heure, il a été démontré que les fondements actuels sont imparfaits, il faudrait en conséquence proposer qu'un nouvel article soit adopté, et qui condamnerait, d'une peine nécessairement inférieure à celle qui aura été prononcée contre le coupable « direct » de la violence, et peut-être uniquement composée d'un suivi socio-psychologique, celui qui ne pouvait pas ignorer la maltraitance perpétrée par un proche mais qui ne l'aurait pourtant pas dénoncée.

⁸²⁵ S'il est majeur. Quant à la position des frères et sœurs mineurs, même lorsqu'ils ne subissent eux-mêmes aucune violence physiques, ils doivent être toujours considérés comme des victimes collatérales, pour une violence psychologique subie. Voir par exemple TGI Arras, 17 juillet 2012, préc.

⁸²⁶ Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, 4^{ème} édition, LexisNexis, Paris, 2013, n°141 et s. ; Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} édition, éditions Cujas, Mercurès, 2014, n°161 et s.

De cette manière, le droit garantirait une sanction de cette attitude qui suscite à l'heure actuelle un malaise, mais cette sanction serait limitée dans ses impacts, compte tenu de la difficulté de la situation de ce spectateur, qui se vit comme impuissant.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

619. L'élément affectif apparaît bien comme un élément doté d'une certaine autonomie, dès lors qu'il est capable de peser sur les responsabilités familiales venant sanctionner les troubles du lien vécu. **Pour autant, la façon dont il pèse effectivement sur elles paraît être banalisée**, en ce sens que ses caractères spécifiques ne sont pas explicitement mis au jour. En se trompant, le droit le regarde parfois comme s'il était une simple modalité de la volonté, ou bien encore, comme s'il n'avait qu'une place secondaire dans une responsabilité dont il est pourtant l'objet.

C'est bien ce qui ressort de l'étude de l'inceste, où l'affect tient une place centrale, qu'elle soit d'ailleurs ignorée ou non, puisque c'est une donnée de toute façon, et où il est pourtant insidieusement remplacé par une volonté floue. Les violences qui ne sont pas de nature incestueuse relèvent elles-aussi d'un affect qui se trouve dévoyé, mais qui ne paraît pas être reçu ainsi en droit, où leur spécificité est ramenée au lieu privé dans lequel elles ont lieu, sans voir justement que ce lieu n'est pas neutre, et qu'il n'est pas seulement géographiquement délimité. La famille, en tant que lieu, est une situation qui pourrait d'ailleurs parfaitement s'exprimer publiquement⁸²⁷. L'élément affectif est bien celui qui marque la singularité de ces situations, et qui rend leur responsabilisation trouble.

620. En banalisant le rôle qu'y tient l'affect, le sens de cette criminalité familiale devient moins net, et il apparaît à l'examen qu'en réhabilitant sa place explicative, la responsabilité soit en mesure de saisir l'inceste et la maltraitance d'une façon moins problématique. L'objet affectif est bien en ces cas troublé, et il est en lui même une source de difficultés, mais ce sont les réponses adoptées en droit qui pourraient être elles-mêmes moins sujettes aux difficultés de principe en assumant ce que l'affect porte.

Il est notable d'ailleurs que même là où l'affect est plus explicitement le nœud des difficultés que rencontre la responsabilité lorsqu'elle a à s'appliquer entre les membres d'une

⁸²⁷ Quoiqu'il y ait bien sûr un lien, riche de sens, à établir entre la vie privée et ces comportements intrafamiliaux illicites, il est abusif de réduire toute la particularité de la maltraitance à leur cadre généralement, mais non nécessairement privé. La preuve en est qu'une maltraitance peut aussi bien se produire en un lieu public, sans en perdre pour autant son caractère singulier.

même famille sa position ne soit pas perçue nettement. Ainsi, dans le crime qualifié de passionnel, l'affect, qui n'est plus banalisé, mais au contraire exorbitant, intervient d'une façon parfaitement ambiguë. Les responsabilités qui sont engagées dans ce cadre gagneraient en lucidité si elles pouvaient regarder plus directement leur objet.

Chapitre 2. RESPONSABILITE DANS LES CRIMES PASSIONNELS ET CARACTERE EXORBITANT DE L'AFPECT

621. La qualification du crime passionnel, quoiqu'elle ne figure pas dans la législation française actuelle⁸²⁸, **est en elle-même un objet d'étude dont se sont saisies les sciences criminelles depuis le XIXème siècle**. Or, le droit de la responsabilité ne paraît pas avoir repris cet objet pour le définir selon ses propres besoins, qui sont spécifiques, ni selon ses propres méthodes⁸²⁹. Cela paraît être une lacune, parce que, lorsque l'avocat de la défense invoque un crime « passionnel », il le fait pour que soit atténuée la responsabilité, et adaptée la peine. Cette catégorie, si tant est qu'elle puisse acquérir vis-à-vis des autres crimes de sang une relative autonomie, est donc bien liée à la responsabilité. Dans ces cas de crimes familiaux où la « passion » semble être à l'œuvre, et seule, dans l'explication des mobiles de la violence commise dans un moment d'égarement du délinquant, l'affect est exorbitant.

Contrairement à ce qui advenait lorsque la maltraitance était observée, l'affect n'est plus l'objet d'une banalisation, mais il est à la fois reçu comme élément perturbateur, et comme aspect pratiquement indéfini du droit de la responsabilité. En ceci, *il paraît capital de distinguer le crime passionnel des autres violences familiales*, non pas seulement parce que les conséquences sont en ces situations la mort de la victime, mais d'abord parce que l'élément affectif y est différent, et que cette différence joue sur la responsabilité à retenir. Contrairement à la posture adoptée ordinairement en étudiant les crimes passionnels, et même contrairement peut-être à ce qu'un sens commun en perçoit, le crime passionnel est ici conçu comme devant être placé à part des maltraitances, parce qu'il ne paraît pas être de la même nature.

⁸²⁸ Jusqu'en 1975, l'article 324 du Code pénal, sans prononcer le mot « passionnel », visait bien les crimes dont victime et coupable sont époux, et plus particulièrement il prévoyait une excuse pour les cas dans lesquels le crime était commis sous le coup d'un flagrant délit d'adultère.

⁸²⁹ Parmi les études du crime passionnel qui ont été récemment faites, il est possible de signaler une thèse, écrite par Habiba TOURE, *Le crime passionnel, étude du processus de passage à l'acte et de sa répression*, soutenue le 12 novembre 2007, à l'université Paris VIII, 341 p, qui néanmoins adopte une démarche plus proche de la criminologie, et qui n'y vise pas l'affect dans ce qu'il a alors de plus complexe. C'est à la limite davantage l'affect des jurés et de l'opinion qui s'y trouve, non sans raison d'ailleurs, questionné.

622. De là, il ressort que le jugement de ce crime passionnel démontre que l'affect est un élément perturbateur de la responsabilité. En effet, comme s'il était question d'une forme de « monstruosité » du criminel, qui est d'ailleurs peut-être « fou »⁸³⁰, la responsabilité se trouve bouleversée par le crime passionnel, qui est à la fois humain, et inhumain.

Ce trait s'exprime autant pour les crimes passionnels commis entre les membres d'un couple, que pour les crimes commis dans la relation de filiation. Ces derniers semblent en effet très abusivement écartés de la qualification couramment du crime passionnel, alors qu'ils en sont une forme très radicale. Lorsqu'un parent s'en prend à son enfant, ou lorsqu'une personne commet un parricide ou un matricide, il ne fait aucun doute qu'un affect de nature passionnel est mis en œuvre, ni que cet affect est suffisamment exorbitant pour peser lourdement sur la responsabilité à engager. Néanmoins, le fait que ces crimes là ne soient pas normalement associés aux crimes commis entre époux démontre que la catégorie des crimes passionnels doit avant tout être définie avec minutie, parce que son critère n'est pas clairement identifié.

C'est ainsi que la première des tâches d'une étude consacrée à ces crimes doit être d'en dresser une typologie et d'en dégager l'élément essentiel, permettant à la fois de distinguer, s'il y a lieu, cette catégorie d'autres crimes familiaux, et de réunir sous cette appellation des situations qui doivent effectivement être comprises en relation avec elle (Section I). Il convient ensuite de saisir les conséquences de la singularité de cette forme de criminalité sur le jugement de responsabilité qui doit en être fait (Section II).

⁸³⁰ L'association de la passion et de la folie est en effet classique, et elle peut même être révélatrice de ce à quoi renvoie le crime passionnel, en ce sens que l'amour fou est finalement un amour qui ne l'est pas : cf. André BRETON, *L'amour fou*, Gallimard, Paris, 1937, 175 p. Breton voit dans cet « amour fou », la réunion d'un amour visant corps, et d'un amour visant l'esprit, et l'on comprend ainsi par là qu'il est en fait le seul amour qui soit entier.

Section I. Fausse affection et typologie des crimes dits passionnels

623. Bien que le crime passionnel puisse être entendu comme un crime « d'amour », cela ne peut être reçu sans discussion dès lors qu'un crime a lieu. S'il serait certainement immodeste d'entreprendre alors, pour vérifier cette assertion, de définir l'amour, il est néanmoins possible, et plus raisonnable, de chercher à observer les formes que prend le crime passionnel pour en déterminer les manifestations concrètes, et les mobiles usuels.

De là, c'est la question de l'existence de la catégorie à part entière des crimes passionnels qui se trouvera résolue (Sous-section I). A partir d'une telle typologie il devient plus aisé de cerner la place qu'occupent chacun des protagonistes de ce drame, et partant, d'éclairer la responsabilité de celui qui en est l'auteur (Sous-section II).

Sous-section I. DIVERSITE ET UNITE DU CRIME PASSIONNEL : LE LIEN COMME LIMITE

624. L'une des analogies les plus frappantes qui existe entre la responsabilité et l'affection est celle qui porte sur leur nature de lien. Deux personnes au moins se trouvent attachées l'une à l'autre par ces deux situations, qui, comme cela a été démontré plus haut⁸³¹, peuvent se superposer dans le contexte particulier de la famille. Dans le cas du crime passionnel, le lien, qui devrait être un lien d'amour, est un lien qui se manifeste plutôt sous la forme d'une ligature, parce qu'il contraint les protagonistes de cet amour à des rôles qui sont impossibles. Dans cette mesure où le coupable éprouve indéniablement des sentiments vis-à-vis de la victime, il pourrait être question d'une valeur sacrificielle du crime passionnel, qui n'est pas sans participer de l'idée que la responsabilité de l'auteur doit s'en trouver atténuée (Paragraphe 1).

⁸³¹ Cf. *supra*. p. 75 et s.

Toutefois, ce lien, qui limite donc d'une façon exorbitante les membres de la famille, victime et coupable, prend diverses formes. Cette multiplicité pourrait dissoudre la catégorie du crime passionnel, qui alors ne pourrait plus être l'objet d'une responsabilité spécifique. Il est donc nécessaire de dégager une typologie du crime passionnel, qui soit à même d'en faire ressortir les caractères d'identification (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le critère de l'« oblativité » comme discrimination première du crime passionnel

625. Le terme « oblatif » est un terme dont on ne trouve que des traces tardives dans un langage plutôt métaphysique ou psychologique⁸³². Il apparaît néanmoins qu'en désignant une forme d'action sacrificielle, il puisse enrichir une approche juridique du crime passionnel. Il est alors cependant nécessaire de mesurer les modifications que pourraient avoir à supporter le concept en étant transposé au domaine juridique qui n'est pas son champ naturel (I). une fois le concept transposé, il permet de dégager le crime passionnel d'une aura qui l'assimile à un geste pratiquement suicidaire (II).

I. LA TRANSPOSITION EN DROIT DE LA NOTION D'OBLATIVITE

626. Que le crime passionnel soit perpétré entre les membres du couple ou entre ascendants et descendants, l'autre, la victime, y tient un rôle tronqué. Certains auteurs parlent ainsi d'un « déplacement » à propos de l'infanticide⁸³³, c'est-à-dire d'un processus qui consiste à transformer sa victime en une partie de soi ou en une chose, refusant ainsi l'altérité qui doit être à la source de toute affection familiale. Cette notion peut très certainement être étendue aux autres crimes commis au sein même de la famille.

⁸³² Cf. Christine RAGOUCY, « L'oblativité : premières controverses », *Psychanalyse*, 2007/1 n°8, p.29 à 41. Consulté sur <http://www.cairn.info/revue-psychanalyse-2007-1-page-29.htm>.

⁸³³ Loïck VELLERBU expose ainsi l'idée selon laquelle, dans l'infanticide, « l'enfant qui est atteint se trouve toujours pris pour autre chose, pour un autre ».

Cela fait d'ailleurs bien longtemps déjà que De Greeff, visant seulement à notre connaissance les homicides commis au sein d'un couple, a démontré par ses études que le crime qui est dit « passionnel » pouvait être privé de tout caractère oblatif⁸³⁴. Même si l'oblativité, qui renvoie à l'oubli relatif de soi dans l'amour, est une notion débattue, elle permet en tout cas, dans les analyses d'un De Greeff, de comprendre quelles distinctions il faudrait faire entre ce qui relèverait d'un véritable crime commis par amour, et ce qui relèverait d'une forme plus égoïste d'homicide.

L'oblativité est surtout contestée pour ce qu'elle porte de valeur morale, conduisant à déterminer un mouvement de l'amour qui soit purement gratuit. En laissant ce débat qui n'est pas d'ailleurs repris par De Greeff lorsqu'il mène son étude sur un plan criminologique, il est possible de ne retenir de l'identification d'un caractère oblatif de l'action que l'idée d'un comportement motivé par la considération de l'autre et de son bien-être. Un comportement oblatif serait en ce sens simplement un comportement qui serait d'abord altruiste parce qu'il vise un bien-être de l'autre, mais ensuite aussi construit à partir de l'autre. En somme, une telle attitude serait celle qui part de l'autre et qui retourne à lui.

627. Ainsi entendue, l'oblativité doit permettre de distinguer divers types de crimes passionnels. Elle peut servir de critère de discrimination entre les situations pour lesquelles le crime justifie une diminution de la responsabilité ou au contraire une

⁸³⁴ Il est en ceci repris par Michel BENEZECH, notamment dans ses *Heures médico-légales*, édition privée, Bordeaux, novembre 2000, 381 p. Ce psychiatre, ayant rencontré dans le cadre de ses fonctions à la maison d'arrêt de Gradignan des criminels dits passionnels, constate ainsi lui aussi que : « Loin d'être un crime d'amour, au sens oblatif de ce sentiment, l'homicide passionnel ne témoigne que d'un attachement prégénital à la victime, d'une incapacité à supporter la menace de rupture de cette relation fusionnelle égoïcentrique. », op. cit. p. 70. Ce constat, il l'avait renouvelé lors d'un entretien qu'il nous avait accordé en 2010. Au cours de cette rencontre, marquée par la densité des connaissances de M. le docteur BENEZECH, nous avions d'ailleurs identifié deux traits principaux du « crime passionnel » : ce dernier est vécu par son auteur comme un mécanisme défensif d'abord, et il apparaît ensuite au professionnel qui l'interroge que son acte est révélateur d'un égoïsme « anesthésiant » pour ainsi dire la capacité à imaginer les affections de l'Autre. Nous allons revenir longuement sur ces deux points qui nous paraissent véritablement capitaux dans le cadre de notre étude. Sur le terme « oblatif », il faut signaler que c'est un terme qui est chargé d'une histoire particulière dans la psychanalyse française. Sur ce point, on peut renvoyer à l'article de Christine RAGOUCY, op. cit. Lacan a ouvert un débat en « 1938 dans son article « La famille » de *l'Encyclopédie Française* (Les complexes familiaux), pour critiquer ce concept issu de la psychanalyse française, forgé par René Laforgue et Edouard Pichon en 1926 ». Plus loin Christine RAGOUCY précise encore que lors de ses premières utilisations par Pichon et Laforgue, la notion d'oblativité renvoie à « la tendance opposée à la possessivité, amenant l'individu à se tourner vers l'extérieur et à donner à autrui quelque chose de soi » (p.34). Pour Freud, il est sans doute possible de parler d'oblativité, mais ce terme n'inclut aucun « caractère de transcendance morale » (p.35). Les animaux sont eux aussi capables, selon Freud, d'oblativité. Ce n'est pas en ce sens freudien que semble l'entendre BENEZECH. Lacan critique lui aussi la notion d'oblativité qui représente pour lui la confusion d'une étape vitale de l'évolution du psychisme humain et d'une étape morale. Pour Lacan, il ne s'agit pas de dire que l'Autre ne peut être aimé, mais plutôt de dire que ce lien à l'Autre passe par le langage de l'inconscient, et non par une forme consciente de sacrifice, dont il remet d'ailleurs en doute le caractère vraiment gratuit.

aggravation. Deux remarques s'imposent pourtant qui viennent obscurcir ce rôle du concept d'oblativité.

La première d'entre elles porte sur le fait que l'oblativité, si elle est strictement définie, pourrait aussi bien rendre impossible toute existence du crime « véritablement » passionnel, si l'on poussait jusqu'à son terme cette logique de la prévalence de l'autre dans l'oblativité, qui ne peut pas conduire au meurtre.

628. La seconde critique qu'il faut adresser au concept d'oblativité comme critère de distinction d'un crime passionnel « réel » et d'un crime de sang qui ne mériterait pas de plus grande compassion qu'un autre concerne l'utilisation en droit ou en philosophie d'un concept issu de la psychologie. En effet, ce sont des degrés d'analyse différents, qui ne doivent pas pouvoir être simplement transposés d'un champ à l'autre sans que cela entraîne une déperdition de leur sens.

L'oblativité peut exister au plan psychologique dans un meurtre passionnel dès lors que le meurtre s'y trouve plus inextricablement lié au suicide⁸³⁵. Ainsi, il n'est, dans une perspective psychologique, pas impossible de dire que le criminel passionnel qui s'en prend à son conjoint ou à ses enfants peut avoir agi pour les « sauver » d'un monde qui le fait souffrir. Alors, le crime passionnel qui serait marqué d'oblativité devrait susciter l'indulgence parce que, dans un mouvement d'aveuglement, le criminel aura tué comme il se serait tué lui-même, et en vivant son geste comme une forme irrationnelle de sacrifice. L'analyse psychologique de l'oblativité ne suppose ainsi pas nécessairement qu'ait été élaboré dans les structures représentatives de la personne le sens de ce sacrifice⁸³⁶.

629. C'est ce point qui doit distinguer l'étude psychologique de l'oblativité des usages qui peuvent en être fait en philosophie, dès lors qu'elle devient alors nécessairement

⁸³⁵ Le terrible poème de Borges exprime très bien ce que le suicide a de passionnel en tout cas : « Il ne restera pas dans la nuit une étoile./Il ne restera pas la nuit./Je mourrai et avec moi la somme/ De l'intolérable univers./J'effacerai les pyramides, les médailles, /Les continents et les visages./ J'effacerai l'accumulation du passé./ Je rendrai poussière l'histoire, poussière la poussière./ Je regarde le dernier soleil levant./ J'entends le dernier oiseau./ Je lègue le néant à personne. », Jorge Luis BORGES, « Le suicide », *La rose profonde*, 1975.

⁸³⁶ Voir par exemple André GREEN, *La folie privée, Psychanalyse des cas-limite*, folio essais, Gallimard, Saint-Amand, 1990, p 165 et s. A propos de la passion Green note ceci : « (...) qu'il s'agisse de la représentation ou de l'affect, dans les deux cas, il s'agit d'un psychisme qui pâtit. Qui pâtit de la passion d'un objet manquant. C'est en cela que la représentation de la théorie psychanalytique diffère de la conception traditionnelle (philosophique) de la représentation. En ce dernier cas, si la représentation reste liée au manque de la perception, ce manque, le sujet n'en pâtit guère. Ce manque n'est pas désir, n'est pas recherche de la retrouvaille de l'expérience de la satisfaction et évitement de l'expérience de la douleur », p.197. Quoique ces remarques ne portent pas sur l'oblativité, elles paraissent tout à fait éclairantes de la différenciation des structures de l'étude psychanalytique et de l'étude philosophique.

un concept, inévitablement représenté, non seulement dans l'esprit de celui qui l'étudie, mais encore dans l'esprit de celui qui la vit. Le sacrifice devient un choix, ce que ne semble pas pouvoir être le crime passionnel perçu sous l'angle psychologique. C'est parce qu'il est choisi qu'il peut être sensé en philosophie. A ce stade déjà, il devient pratiquement impossible de concevoir un crime qui ne serait passionnel que parce qu'il était d'abord oblatif.

La passion n'intervient, dans ce type de situations, que comme un phénomène ayant pesé sur le choix, c'est-à-dire ayant remis en cause la possibilité du doute. La passion est philosophiquement une forme de certitude. Elle s'impose sans qu'il soit permis à celui qui la subit de ne pas la vivre. Lorsqu'elle n'est pas exclue du raisonnement, au motif qu'elle serait justement incompatible avec une démarche philosophique en appelant à la raison⁸³⁷, elle est présentée comme un facteur de dynamisme⁸³⁸. Elle est une certitude du mouvement qui, en provenance d'un objet, fait surgir le sujet en dehors de lui-même.

Entre l'affect et la passion, il y a donc bien une alliance ; ces deux termes se distinguant finalement d'abord par un critère quantitatif, dès l'instant que la passion est bien un mouvement plus violent et plus intense, et ensuite par un critère qualitatif, puisqu'il y aurait dans la passion une aliénation du sujet qui n'existerait pas dans l'affect. La perception de la passion est donc radicalement changée selon qu'elle est observée dans un champ psychologique ou dans un raisonnement philosophique. Dans le premier cas, la passion peut conduire un criminel passionnel à un geste qui peut être qualifié d'oblatif. Dans le deuxième, la passion est un aveuglement ou une démesure et ne peut pas avoir le sens d'un sacrifice.

Dans les deux cas toutefois, il faut entendre que la passion prive l'Homme de la totalité de sa capacité à être maître de ses actions.

630. En droit, l'analogie entre suicide et meurtre ne peut être reçue. Le fait que l'auteur d'un crime passionnel ait tenté de mettre fin à ses jours après avoir commis l'irréparable ne suscite d'ailleurs pas automatiquement l'allégement de sa peine⁸³⁹. La passion qui est soumise au jugement d'un tribunal ne peut pas être oblatif, au sens plein que ce terme

⁸³⁷ Cf. *supra*, premier chapitre de cette thèse.

⁸³⁸ Stéphane LUPASCO, *Du devenir logique et de l'affectivité, Le dualisme antagoniste*, Tome 1, et Tome 2, Vrin, Paris, 1973 [1935], 308 p et 296 p.

⁸³⁹ Dans un cas d'infanticide de ses enfants âgés de 9 et 4 ans, une mère qui était restée dans le coma durant 3 semaines après sa tentative de suicide et qui avait encore tenté plusieurs fois d'attenter à ses jours entre les faits et le prononcé du verdict a été condamnée à 20 ans de réclusion. (Cour d'assises du Finistère, 17 décembre 2014). Cette peine, qui n'est certes pas démesurée par rapport à ce que prévoit le Code pénal français pour un tel crime est aussi conforme aux peines prononcées lorsque le parent n'a pas porté atteinte à ses jours. En effet, sur la dizaine de cas que nous avons pu étudier, les peines allaient de 13 à 23 ans d'emprisonnement.

recouvre en psychologie, ni être l'expression d'un sacrifice philosophiquement appréhendé.

En effet, si De Greeff a pu, en tant que criminaliste, parler d'un crime « d'amour », qui aurait un caractère oblatif, c'était pour distinguer principalement les crimes commis en raison d'un affect perturbé mais trouvant leur cause dans le rapport unissant coupable et victime, des crimes commis pour des motifs crapuleux, ou liés à un caractère violent du criminel⁸⁴⁰. Et surtout, il en arrivait à la conclusion que le crime passionnel n'était finalement pas un crime dans lequel l'amour ou l'oblativité avait pu jouer. L'« oblativité » dont parle De Greeff n'est celle dont parlent les psychologues que pour mieux montrer qu'elle ne se trouve pas véritablement mise en œuvre dans le contexte de ces crimes passionnels⁸⁴¹.

II. L'OPPOSITION DU CRIME PASSIONNEL ET DU SACRIFICE

631. D'autre part **néanmoins**, parce que **le criminel passionnel perd bien quelque chose en commettant son geste homicide**, il pourrait être question, en droit, de recevoir d'une certaine manière l'idée d'un sacrifice. Bien que les tentatives de suicide soient récurrentes dans ce type de crimes, et bien que les inculpés mettent régulièrement en avant la douleur qu'ils éprouvent devant leur geste, ce qu'ils ont perdu ne saurait pourtant être la cause directe des allègements de peine dont ils bénéficient souvent. Il serait aberrant, et probablement contraire au sens même de la sanction de l'homicide, d'admettre dans ces cas

⁸⁴⁰ Ainsi trouve-t-on dès le début de son ouvrage cette remarque : « (...) à la base du crime passionnel gît toujours un processus aigu de revalorisation soit d'un être vivant, soit d'une chose quelconque. Et cette revalorisation existe uniquement dans la tension affective du sujet, tension à laquelle collaborent de nombreux sentiments, généralement assez bas, souvent contradictoires, mais dont la résultante est perçue comme un tout et qualifiée selon les circonstances : amour, droit, justice, mots qui dans de tels cas n'ont qu'une valeur purement subjective », Etienne DE GREEFF, *Amour et crimes d'amour*, Psychologie et sciences humaines, Charles Dessart éditeur, Bruxelles, 1973 [1942], p. 19.

⁸⁴¹ « L'expérience nous apprend que les suicides et homicides par amour ne relèvent nullement de l'intensité de l'amour ni de la qualité inouïe de la passion, mais uniquement d'insuffisances graves dans la personnalité du coupable », Etienne DE GREEFF, op. cit. p. 100. Il faut préciser que De Greeff, particulièrement sévère ici, s'exprime dans le cadre de crimes commis « par jalousie ». Encore, il est possible de remarquer qu'en traitant ici de la même manière le meurtre et le suicide, le criminaliste va plus loin encore que ce que peut le juriste. Il serait de bon aloi de mettre ceci en face des considérations du même auteur et relatives à un affect jouant à plein sa fonction oblatif. « La structure affective de l'amour consiste (...) dans l'élaboration de tout un système propre à sauver la personne aimée des réflexes de défense et de l'analyse réductrice qui la ramènerait aux dimensions d'une personne ordinaire », Etienne DE GREEFF, *Les instincts de défense et de sympathie*, P.U.F, bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947, Vendôme, p. 159. Il poursuit en distinguant ici clairement ce qui conduit à l'acte criminel : « Si ce système protecteur s'écroule, sans que le sujet s'efforce de le sauver, il assiste à un écroulement partiel de sa propre personnalité, et nous avons là l'amour du suicide (...) tandis que si, non contente de laisser s'écrouler le système protecteur, le sujet aide à son écroulement, nous rencontrons le mouvement instinctif initial qui donne un sens à l'homicide, (...) », p. 161.

que la valorisation de la personne assassinée par son homicide lui-même puisse contribuer à la diminution de sa peine. Le constat doit bien être fait de la réalité d'une certaine clémence dont bénéficient les auteurs d'un crime qualifié de passionnel⁸⁴², bien qu'il soit vrai que cette clémence n'est ni systématique ni générale. Il est vraisemblable en revanche que ce soient les regrets exprimés par le délinquant passionnel qui contribuent à adoucir la sanction prononcée à son endroit⁸⁴³.

Cette distinction paraît importante parce qu'elle démontre qu'il n'est peut-être pas nécessaire de passer par le truchement de l'amour que portait le criminel à sa victime pour expliquer la clémence dont ce type de crime a tendance à bénéficier. Sans aller trop avant sur cette voie, dans la mesure où l'étude porte ici spécifiquement sur les applications qui pourraient être faites de l'oblativité dans le champ de la responsabilité pénale, le crime passionnel évoque inmanquablement un crime qui aurait vocation à être d'abord unique, puisque étroitement lié peut-être à la relation singulière qu'entretenaient coupable et victime, et regretté ensuite, faisant ainsi du criminel passionnel un meurtrier moins « dangereux » que ne le serait celui qui s'en prend à un inconnu.

632. Au-delà de cette hypothèse, qu'il faut rejeter donc, du rôle que jouerait la perte subie par le criminel passionnel lui-même, tuant celui ou celle qu'il aimait, dans la détermination de sa peine, **la notion d'oblativité est plus sûrement encore mise à distance** dans les mécanismes de la responsabilité pénale par le fait que le sacrifice ne peut correspondre, comme en psychologie, à une image, à une représentation d'un objet cher au sujet. Seul un oubli de soi observable et actualisé pourrait être perçu dans le champ juridique comme étant oblatif, et alors, il devient assez clair qu'aucun crime passionnel, même celui commis par jalousie et s'exerçant non contre l'être cher mais contre le rival, ne pourrait être dit oblatif⁸⁴⁴. En somme, dès lors que c'est un autrui qui aura subi les coups, peut-être

⁸⁴² Le terme de crime passionnel n'existe pas dans le droit positif français, mais les avocats des accusés ne manquent pas d'invoquer la thèse du crime passionnel lorsque la victime était proche du criminel, puisqu'ils ont conscience qu'en portant le débat sur ce point ils ont de bonnes chances d'alléger la peine prononcée. Cela ne paraît pas être la seule conséquence de la non préméditation qu'entraîne généralement l'idée d'un crime passionnel.

⁸⁴³ Ici l'interrogation pourrait assez facilement glisser de l'affect qui a lié le criminel à sa victime à celui qui est mis en jeu dans le jugement lui-même.

⁸⁴⁴ Plus généralement, d'ailleurs, il ne serait pas inopportun de s'interroger sur le rôle de cette notion d'oblativité en droit. Même là où son usage semble a priori moins discutable, notamment en matière conjugale, le constat s'impose de ce que la notion se trouve pratiquement vidée de la substance qu'elle avait en psychologie au moment où elle « passe » dans le champ du droit. Ainsi par exemple dans un article de Méлина DOUCHY-OUUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Lonrai, 2012, p. 81 à 94. « Pour fonder la famille, on peut sceller l'acte par les liens d'un amour éternel, mais chacun sait qu'il est fait pour ne pas durer, sauf à comprendre ce que veut dire le mot aimer.

mortels, plutôt que soi, il ne saurait être question de concevoir juridiquement, c'est-à-dire sous l'angle de l'équilibre des rapports unissant les personnes, une quelconque oblativité.

Si donc, un usage pouvait être fait du concept d' « oblativité » pour définir, non en psychologie, mais en droit, le crime passionnel, cela ne pourrait être qu'à la condition de le réduire. L' « oblativité » ne peut être employée ici que pour signifier qu'il existe bien aussi, mais dans une moindre mesure, une perte du côté du coupable. Si la violence qui peut conduire au meurtre est partout ailleurs caractérisée par une atteinte à l'être de la victime, qui subit donc un manque, la violence dite « passionnelle » pourrait avoir la particularité d'engendrer d'abord un manque du côté de la victime, mais ensuite aussi une privation d'être du côté du coupable. Ainsi reçue, l'oblativité semblerait pouvoir justifier en droit que le crime passionnel constitue un type à part entière de criminalité.

Assez immédiatement, pourtant, apparaissent les limites d'une telle acception de l'« oblativité » comme critère du crime passionnel puisqu'il serait sans doute possible d'invoquer une perte inévitable pour le criminel qui s'en prend à la vie d'autrui. Il faut donc encore ajouter que la perte, quasi-oblative dès lors qu'une « oblativité complète » ne peut en tout cas pas être admise, subie par le criminel passionnel se trouve dans le décès même de sa victime en tant que personne déterminée. Ici se trouve bien un point avec lequel ne peuvent s'accorder les homicides dépourvus de tout trait « passionnel ». Même en admettant qu'un criminel ne peut en vérité que s'infliger une perte, moralement, parce qu'il atteint à la vie d'un autre qui est son semblable, cet autre sera alors abstraitement celui qu'il aurait fallu protéger, et non pas, comme dans le crime passionnel, celui-ci, concrètement regardé, et finalement irremplaçable.

633. Le crime passionnel paraît donc indéfinissable sous le seul signe de l'« oblativité », si l'on ne tient pas d'abord compte de l'impossible réception en droit de tout ce que l' « oblativité » implique sur d'autres plans, psychologiques, philosophiques et métaphysiques.

Il ne s'agit pas d'amour de sensibilité, de sentiments. Il s'agit d'amour de volonté, le seul au demeurant qui soit conforme dans son essence à ce qu'est l'amour », p. 81. Et plus loin dans une partie intitulée : « un amour oblatif : le don », « C'est dire, au moins dans l'intention, quel que soit l'avenir, quoi qu'il arrive, que la personne à laquelle on se donne en mariage sera celle avec laquelle on souhaite vivre jusqu'au moment de la mort. Ce don suppose une certaine abdication de sa liberté de choix, dans la mesure où l'on ne peut évidemment plus réorienter sa vie et se séparer de la personne à laquelle on s'est donné (...) », p. 90. Dans cet article, l'auteur utilise la notion d'oblativité en l'assimilant en fait à une volonté, qui n'aurait pratiquement plus rien d'affectif. Elle serait un engagement à faire prévaloir l'autre sur soi. Ce faisant, il semble assez net que la richesse du concept d'oblativité en psychologie ne peut, ou n'a pu en tout cas ici, se développer intégralement dès lors qu'il s'applique aux rapports juridiques des personnes.

Or, il se trouve que la particularité du crime passionnel se noue bien autour de l'idée qu'il est plus « pardonnable » que tout autre crime de sang, parce qu'il résulterait d'un aveuglement des sentiments. L'« oblativité » à laquelle le droit peut faire référence en tentant d'analyser le crime passionnel semble être en fait comparable à une preuve de cet aveuglement. Le criminel n'a pu vouloir ce mal sans être aveuglé, puisqu'en agissant contre sa victime, il a agi aussi contre lui-même. « L'aveuglement » ne pouvant être jaugé comme dans le cas d'une maladie ou d'une déficience de la conscience médicalement observable, puisqu'étant par essence passager dans le crime passionnel⁸⁴⁵, il doit être induit de ce caractère presque oblatif du geste criminel.

Une fois posées ces premières précisions relative à l'« oblativité », l'examen des différents crimes passionnels devrait permettre d'affiner encore la définition de ces crimes.

Paragraphe 2. Proposition d'une typologie des crimes passionnels

634. Le crime passionnel, puisqu'il ne fait l'objet d'aucune définition établie en droit, et bien qu'il soit historiquement rattaché aux crimes commis dans le couple, et plus précisément encore au crime de l'amant jaloux ou délaissé, **peut en vérité recouvrir un nombre assez important d'hypothèses**. En s'en tenant à l'idée que ce crime est celui qui est perpétré en raison d'un affect perturbé, outrancier ou déficitaire, troublant la responsabilité pénale qui doit alors être engagée, il recouvre aussi bien les crimes commis entre les membres d'une même famille, que ceux commis à l'encontre d'un tiers. Il faudrait alors retenir que la nature passionnelle d'un crime dépend, pour une large part, de son mobile. C'est ce mobile qui ensuite est regardé, quoique cela soit discutable, comme devant nécessairement abolir la possibilité d'une préméditation.

C'est ainsi que le crime passionnel pourrait être recherché dans tous les homicides visant l'autre membre du couple, les enfants, les parents ou ceux qui jouent un rôle parental,

⁸⁴⁵ Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 6^{ème} édition refondue, Thémis, PUF, Paris, 2005, p. 295 ; Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^{ème} édition, PUF, Paris, 2004, n°447.

tels que les beaux-parents (I). Mais il faudrait aussi le chercher là où il vise un rival, ou même un coupable que l'on poursuivrait dans une forme de vengeance privée (II).

I. LE CRIME PASSIONNEL INTRAFAMILIAL

635. Lorsqu'il se manifeste à l'intérieur de la famille, le crime passionnel peut être regardé à travers deux critères principaux, qui sont l'excès, puisqu'il est généralement perçu comme un crime commis par excès d'amour (A), et l'absence de gain, puisqu'il est perçu comme ne pouvant satisfaire son auteur (B).

Il ressort toutefois très vite de ces deux critères qu'ils présentent des imperfections quant à leur efficacité pratique s'ils sont confrontés à une situation-limite telle que l'euthanasie. Si le rapprochement du crime passionnel et de l'euthanasie peut surprendre de prime abord, il n'est pas possible de nier que ces deux cas se trouvent en pratique potentiellement confondus dès lors qu'il s'agit pour un membre de la famille de mettre un terme à la vie d'un autre (C).

A. La question de l'excès dans la famille

636. Lorsque victime et coupable appartiennent au même groupe familial, le crime semble ne pouvoir être que marqué par un affect perturbé, ou passionnel. Car d'abord, le caractère passionnel renvoie à un excès⁸⁴⁶. Or cet excès, ce trop ou ce trop peu, a vocation à se manifester dans les relations entre proches, où les relations affectives sont présumées exister et pour lesquelles un juste et sain milieu est conçu⁸⁴⁷, même s'il n'est pas

⁸⁴⁶ Certes, certains auteurs ont choisi de retenir une acception plus large de la passion, qui alors peut ne pas être excessive au sens péjoratif que peut prendre ce terme. C'est en ce sens que s'était prononcé Ribot, pour qui la passion est « l'équivalent affectif de l'attention et de la volonté stables », in Théodule RIBOT, *Essai sur les passions*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 5^{ème} édition, Paris, 1923, p.181. Ribot distingue très nettement, en partant de Kant, les états affectifs, qui seraient des appétits, des besoins ou des tendances de l'Homme, des émotions, qui seraient le moment d'un choc, d'un déséquilibre, nécessairement bref, de la passion qui se construirait quant à elle dans la stabilité d'une intellectualisation des états affectifs et des émotions. Quoique Ribot parle bien d'une intensité caractéristique de la passion, il ne semble pas percevoir cette intensité comme un excès.

⁸⁴⁷ Cf. *infra* sur la question de la normalité, p. 490.

directement formulé en droit. Il existe une forme des relations affectives familiales supposée juste, à l'aune de laquelle les excès ou les excès de manque seront détectés.

En vérité d'ailleurs, ces marges du « trop » ou du « trop peu » sont, au moins en leurs points extrêmes⁸⁴⁸, relativement facile à déterminer, dès lors qu'ils s'exprimeront par une violence. Par le jeu d'une détermination en négatif, tout se passe comme si l'excès existait lorsqu'un élément devient « visible ». La vie familiale, qui est ainsi marquée du sceau de l'intime⁸⁴⁹, n'existe que par la manifestation extérieure d'un comportement, ou par la protection que le droit offre à cette sphère qu'il protège en principe des intrusions.

637. En présence d'un crime intrafamilial, l'excès semble concomitant à sa mise en acte, et à la connaissance qu'en prend le droit. C'est en ce sens que se manifestent les auteurs qui considèrent qu'il existe peut-être dans le cadre familiale un seuil en deçà duquel un certains nombres de comportements sont acceptables, là où ils seraient, entre inconnus, potentiellement illicites⁸⁵⁰. Reste qu'il faudrait encore savoir si le lien existant entre victime et coupable porte atteinte à l'illicéité même du comportement, parce qu'il ne serait pas excessif, c'est-à-dire en fait sorti de son milieu, ou bien si ce lien familial laisse demeurer l'illicite, en ne faisant que le dérober au regard du droit. De ces deux interprétations possibles, découlent deux acceptions de la place que peut tenir l'excès dans la qualification passionnelle d'un crime.

Si l'hypothèse de l'existence d'un comportement illicite, et en l'espèce violent, en dehors de ses manifestations excessives, est retenue, alors l'excès pourrait bien être la marque spécifique du crime qui est qualifié de passionnel. Le passionnel serait alors ce qui non seulement est un crime, mais ce qui encore se manifeste excessivement. La seule limite que semble présenter cette hypothèse n'est pas relative au crime passionnel, mais à la justification

⁸⁴⁸ Il ne s'agit pas ici de nier qu'il puisse exister quantité de situations dans lesquelles la législation et la jurisprudence auront fort à faire pour déterminer si le comportement familial observé est acceptable ou non, c'est d'ailleurs bien l'un des objet de cette thèse que de chercher à éclaircir ces cas. En revanche, il est vrai que pour ce qui est d'une responsabilité pénale engagée en matière de crimes dits « passionnels », les manques ou les excès d'affect sont des violences qui entraînent, dès lors qu'elles quittent la sphère du secret, leur reconnaissance immédiate. Et même, le caractère violent est si évident qu'il peut masquer la question affective.

⁸⁴⁹ En atteste l'utilisation de l'article 8 de la CEDH, qui semble se faire de plus en plus large, et qui repose bien sur l'idée d'une participation de la vie familiale à la vie privée, qui pourrait être d'ailleurs contestable (Cf. *infra*). Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2011, n°20.

⁸⁵⁰ Isabelle BARRIERE-BROUSSE et Mélina DOUCHY-OU DOT (dir.), *Les contentieux familiaux*, Droit interne, international et européen, Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 99 et s.

d'une illicéité qui donc n'est pas jugée en famille assez grave pour que le droit y mette un terme⁸⁵¹.

Si l'on considère plutôt que sous un certain seuil, qui d'ailleurs n'a pas à être figé ou forcément constant, un comportement donné, parce qu'il s'exerce dans la famille, n'est pas illicite, et que c'est seulement sa manifestation excessive qui le fait entrer du même coup dans les causes de responsabilités juridiques et dans l'illicéité⁸⁵², alors l'excès ne peut plus être un critère du crime passionnel.

638. Par l'effet d'un jeu de correspondance, **toutes les violences familiales pourraient ainsi être suspectées d'être passionnelles**, puisque leur qualification même de violence dépendrait de leur caractère excessif. Sauf à considérer qu'il existe des degrés dans l'excès, et qu'alors le crime passionnel serait celui qui est plus excessif que les autres, ce qui ne peut être logiquement très satisfaisant, il ne serait dès lors plus possible de soutenir que le crime passionnel puisse constituer une catégorie homogène et spécifique. En effet, retenir des niveaux d'excès, ce ne peut être que repousser le problème, puisqu'il faudrait alors découvrir ce qui fonde une distinction dans une gravité ou dans une violence qui apparaîtrait comme plus marquée que dans les situations familiales qui sont marquée du signe de l'excès mais non passionnelles.

639. Si le critère de l'excès devait être sauvegardé dans la qualification du crime passionnel, il faudrait en établir le trait distinctif, qui pourrait s'exprimer soit dans ses effets, soit dans sa cause, puisque dans sa manifestation même, l'excès passionnel ne peut être distingué de l'excès tout court.

Quant aux effets de l'excès, la solution la plus simple, et qui semble d'ailleurs en fait acceptée sans discussion⁸⁵³, est celle qui fait du crime passionnel un geste nécessairement mortel, ou visant la mort. La violence qui se manifeste dans la famille, et dont le droit a à connaître, est toujours excessive, mais elle n'est passionnelle que lorsqu'elle conduit, ou lorsqu'elle devait conduire, au décès de la victime. Bien que simple, cette solution n'est pas

⁸⁵¹ Cf. *supra* sur l'intervention du droit dans les maltraitances.

⁸⁵² On pourrait illustrer ce point par la question de la légalité de la « fessée ». En effet, le débat s'articule bien autour du point de savoir si ce geste est légal, bien qu'un agissement de ce type sur un inconnu entraîne bien évidemment responsabilité, parce qu'il est exercé dans le cadre de la famille, et tant qu'il est alors mesuré.

⁸⁵³ DE GREEFF, PROAL, pour ne citer qu'eux, ont bien, dans leur étude consacrée au crime passionnel envisagé seulement le meurtre et le suicide. Dans cette étude même, dans la distinction qui est faite des maltraitances et du crime passionnel, cette manière de séparer la catégorie des crimes passionnels n'est pas complètement absente, quoiqu'elle ne soit pas théoriquement parfaite.

simpliste⁸⁵⁴, dans la mesure où il est certainement légitime de considérer que lorsque la violence atteint de tels effets, elle ne peut plus relever des règles de droit applicables aux situations dans lesquelles un lien, même relâché, pouvait être maintenu entre auteur et victime. Une telle façon de distinguer le crime passionnel a par ailleurs le mérite de pouvoir s'inscrire dans une logique qui n'est pas extérieure au droit. Elle est pragmatique. Cette qualification de l'excès du crime passionnel par ses effets présente toutefois une faiblesse quant à la tentative, qui revient à examiner les intentions meurtrières, alors que le crime passionnel est plutôt perçu comme un crime d'où la préméditation et la conscience du geste sont exclues.

Si l'on cherche plutôt à caractériser l'excès par sa cause, cela signifierait en fait que la violence commise serait non seulement elle-même excessive, mais encore, pour devenir passionnelle, qu'elle soit le produit d'un mouvement affectif excessif. Quoique sans doute parfaitement adaptée à l'originalité du crime passionnel, au point même de paraître relever de l'évidence, puisque le crime passionnel est celui qui est agit sous l'effet d'une passion, cette solution ne fait, en droit, que reporter ailleurs le problème. En effet, détecter cet excès de l'affect semble justement être ce que le droit ne peut faire que par présomptions.

640. Ainsi, l'excès, s'il paraît bien ne pouvoir être exclu du rang des critères du crime passionnel, **paraît également ne pas pouvoir fonder assez solidement une appréhension juridique de cette catégorie de crimes familiaux.** Tout se passe comme si l'excès était en fait si intrinsèquement lié au crime passionnel, qu'il ne pouvait en être une qualité. Il en présente bien plutôt une essence. *L'Hybris grec*, qui est une démesure, un excès, ne se distingue en fait pas bien de la passion dont il participe. Que cet excès soit ensuite précisé, parce qu'il va apparaître comme une trop grande quantité, ou comme une mauvaise quantité⁸⁵⁵, prouve justement qu'il faut poursuivre l'enquête pour découvrir ce qui peut former l'unité d'une catégorie de crimes passionnels, à condition qu'une telle catégorie existe.

⁸⁵⁴ Elle n'est pas simpliste aussi bien en cela qu'elle met bien en avant ce que le crime passionnel fait du lien entre Eros et Thanatos, qui se trouve pratiquement appliqué ici au premier degré, comme si, dirait-on en psychanalyse lacanienne, la capacité symbolique du criminel passionnel était atteinte. Sur les rapports d'Eros et de Thanatos sous cet angle, voir André GREEN, dans l'émission "Les mots de la psychanalyse" - Alain de Mijolla, Isabelle Seguin -, Diffusée par la Cinquième le 25/4/1997, visible en ligne sur http://www.spp.asso.fr/wp/?page_id=7630

⁸⁵⁵ La passion impliquerait « une sorte de paralysie de la nature dans la qualité interne. (...) La passion est fermeture, injustice », Maurice NEDONCELLE, *La réciprocité des consciences*, Philosophie de l'esprit, Aubier, éditions Montaigne, 1942, Paris, p. 25.

En somme, l'excès en lui-même sert si couramment à définir la passion qu'il ne peut plus servir à la distinguer, parce qu'il s'est assimilé à elle. Dire qu'une passion est excessive sonne comme un pléonasme duquel il est impossible d'apprendre un critère distinctif du crime passionnel.

641. Un autre critère peut heureusement être recherché pour cerner les crimes passionnels lorsqu'ils sont commis à l'intérieur de la famille : c'est celui de l'absence de gain.

B. Le problème du gain

642. Certains crimes commis dans la famille semblent néanmoins devoir être exclus de cette catégorie du crime passionnel, dont l'homogénéité peut déjà être remise en cause. En effet, il est notamment assez classique de distinguer les crimes commis pour des mobiles financiers de ceux qui pourraient susciter l'indulgence attachée à la mise en avant d'une passion. Les auteurs⁸⁵⁶ ayant travaillé sur la question du crime passionnel excluent de façon constante et systématique les crimes d'argent de leur champ d'étude⁸⁵⁷, non sans relever d'ailleurs parfois que l'avarice peut être une passion⁸⁵⁸, et non la moindre. Soit ils opèrent cette distinction pour mieux remettre en question l'actualité du crime passionnel et donc plus

⁸⁵⁶ Pour ne citer que les exemples qui semblent les plus probants parmi ceux des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, puisqu'une liste exhaustive ne peut ici être dressée, on remarque cette exclusion de la catégorie du crime passionnel : -Chez Ferri, il apparaît clairement que le crime passionnel est entouré d'une certaine forme de panache, puisqu'il distingue les délinquants passionnels poussés par l'amour ou l'honneur, des délinquants occasionnels, poussés par le colère, la vengeance, l'avarice, etc... Voir Enrico FERRI, *Sociologie criminelle*, traduction de l'auteur sur la troisième édition italienne, Arthur Rousseau, Paris, 1893, p. 573 et s., consulté en ligne sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k77554d> -Chez Maurice PRADINES, qui identifie quatre racines principales de ce qu'il nomme « l'automatisme passionnel », la passion dérive d'impulsions élémentaires, qui « ont paru se réduire, dans l'ordre des *tendances*, à la tendance alimentaire, à la tendance sexuelle et à la tendance grégaire ou sociale ; (...) dans l'ordre des *défenses*, elles se ramènent à l'aversion contre la douleur », in *Traité de psychologie générale*, P.U.F, réédition en un volume, Paris, 1986, p.335. Ces sources font aux yeux de Pradines ce qui fonde une irresponsabilité dont la passion s'entoure. Il apparaît bien qu'un projet criminel orienté en vue d'une augmentation de revenus ou de biens ne peut entrer dans ce cadre. -Pour DE GREEFF, si « Il n'est pour ainsi dire pas de crime d'amour (...) qui ne soit sinistrement éclairé par une question d'argent », c'est bien parce qu'il remet en cause la véracité et l'opportunité de la catégorie des « crimes d'amour ». -Il faut relever néanmoins que dans son étude sur Impallomeni, Emmanuel LASSERRE, se distingue peut-être en posant que « Tout sentiment peut devenir une passion ; il suffit qu'un homme se trouve dans une situation où seront intéressés ses conditions naturelles et sociales d'existence, c'est-à-dire sa conservation et son bien être », in *Les délinquants passionnels et le criminaliste Impallomeni*, Félix Alcan, Paris, 1908, p.133. Cette étude vise finalement à démontrer que tout crime de sang est doté d'un caractère passionnel. Ici c'est bien la spécificité du crime passionnel, et l'indulgence qu'il suscite qui sont remises en cause.

⁸⁵⁷ Tous ceux étudiés au cours de cette étude marquent cette même limite. Il est possible de signaler que si les philosophes ou psychologues ayant étudiés les passions n'excluent pas de leur étude la passion de l'argent, il en va autrement de ceux qui se penchent sur le crime passionnel. Cette différence de traitement ne doit pas manquer d'attirer l'attention.

⁸⁵⁸ C'est la *pleonexia* grecque.

excusable qu'un autre, comme le font notamment De Greeff ou Lasserre⁸⁵⁹. Soit, à la manière de Ferri ou de Pradines⁸⁶⁰, ils rejettent les mobiles pécuniaires du champ de leur étude pour mieux au contraire faire ressortir la particularité de l'homicide passionnel. Il s'agit en tous les cas de dire que la poursuite d'un intérêt matériel invalide le rattachement à une catégorie de crime passionnel, puisque ou bien cette catégorie n'existe pas dès lors que chaque crime peut s'éclairer sous le jour de cette recherche d'un intérêt, ou bien cette catégorie existe à l'exclusion des ambitions financières⁸⁶¹.

Ainsi, s'il est apparu que l'oblativité ne pouvait être entièrement comprise en droit⁸⁶², et moins encore peut-être en droit de la responsabilité où la balance opère en donnant à chaque chose son poids, il faudrait néanmoins admettre que le crime passionnel ne peut se distinguer, même dans la famille, qu'à la condition qu'un intérêt ne puisse en être tiré pour le délinquant.

643. Bien que familiales, devraient être exclus dès lors d'une étude sur les formes passionnelles de criminalité, les atteintes commises au nom d'un intérêt d'argent.

Et pourtant, une part non négligeable des crimes commis notamment contre les ascendants, ou même contre un conjoint, peuvent trouver à s'expliquer pour des motifs successoraux⁸⁶³. Faut-il alors disqualifier le crime passionnel dès lors qu'un intérêt économique aura pu être recherché par le coupable ? De Greeff avait bien noté qu'alors, la définition du crime passionnel reviendrait pratiquement à admettre qu'il n'existe jamais en sa forme « pure »⁸⁶⁴.

Il semblerait qu'il faille davantage rechercher une prévalence des causes désintéressées que leur exclusivité. Dans la mesure où il est impossible de dénier toute valeur affective aux vellétés pécuniaires, la distinction s'opérera plus sûrement du côté de la « gratuité » de la passion telle qu'elle est entendue lorsqu'elle joue pour qualifier un crime.

⁸⁵⁹ Etienne DE GREEFF, op. cit. et Emmanuel LASSERRE, op. cit.

⁸⁶⁰ Enrico FERRI, op. cit. et, dans un autre esprit Maurice PRADINES, op. cit. Si Ferri développe ses vues en suivant l'idée d'une passion équivalente pratiquement à un moment de folie, fondant l'irresponsabilité, il n'en va pas exactement ainsi dans le travail de Pradines, plus moderne, qui n'oppose à aucun moment la passion et la raison, mais qui postule plutôt le dévoiement de la raison par la passion. Quant à la responsabilité, il apparaît bien alors qu'il ne peut s'agir d'exonérer complètement et automatiquement les criminels dits « passionnels ».

⁸⁶¹ Il faudrait néanmoins préciser que l'argent, en tant qu'il peut-être un moyen sans fin, un chiffre « vide », peut aussi devenir « gratuit » au sens que prend ce terme dans ces lignes : voir Jean-Marc TRIGEAUD, « L'argent ou la justice aux enfers », in *Corps Ecrit*, Paris, PUF, 1987-22, p. 19 à 30.

⁸⁶² Cf. *supra*. p. 401.

⁸⁶³ Par exemple la *Thèrèse Raquin* de Zola, mais les motifs ne sont-ils bien que successoraux ?

⁸⁶⁴ Etienne DE GREEFF, op. cit. « Il n'est pour ainsi dire pas de crime d'amour (...) qui ne soit sinistrement éclairé par une question d'argent », p. 132.

Plutôt que de définir le crime passionnel par l'absence de mobiles éventuellement financiers, il est ainsi plus pertinent de le définir par la secondarité de tout projet de gain pour le délinquant passionnel.

Mais en un sens plus large, c'est peut-être toute forme de gain par le criminel qui s'inscrit dans la représentation d'un crime passionnel.

644. En effet, s'il ne peut être question de reconnaître directement un quelconque sacrifice de celui qui tout de même aura porté atteinte à la vie d'un proche, **il pourrait être utile de reconnaître au moins que le criminel passionnel ne peut rien « gagner » dans son geste**, qui acquiert toujours ainsi un caractère désespéré⁸⁶⁵. De là naissent probablement les confusions les plus graves nourries à l'encontre de cette forme particulière de criminalité.

D'une part, c'est cette absence, plus ou moins complète, d'intérêt qui explique que l'oblativité puisse être invoquée lorsque le crime est dit « passionnel ». Quoique fausse⁸⁶⁶, cette impression de sacrifice que laisse le crime passionnel repose sur un constat qui ne manque pas de véracité, de l'impossible satisfaction du délinquant passionnel dans son geste. Il n'assouvit ni ambition personnelle, ni pulsion proprement perverse.

D'autre part, et plus sensiblement encore, cette absence fonde certainement les rapprochements opérés entre folie et passion, puisque le crime passionnel est alors proprement inexplicable, et l'entièreté de son mobile ne peut trouver de « logique » ni ne peut s'accorder apparemment avec la raison, qui ne peut intégrer la gratuité de ce geste. Les crimes passionnels pourraient être conçus comme des gestes nihilistes⁸⁶⁷, et cela semble n'avoir été jamais relevé directement, bien que cela soit peut-être sous-jacent toute les fois que sont assimilés meurtre et suicide passionnels⁸⁶⁸.

645. Un nouveau danger de dissolution de la catégorie des crimes passionnels émerge cependant en suivant cette hypothèse, puisqu'alors tout crime inexplicable, ou

⁸⁶⁵ Les meurtres commis par des descendants sur leurs ascendants ou inversement apparaissent ainsi comme particulièrement « désespérés » en ce sens qu'ils paraissent mettre un terme à une « histoire » générationnelle. Par exemple, pour un crime passionnel commis sur des ascendants, voir Assises du Doubs, 28 mars 2014, n°05, où un homme a été condamné pour violence sur un ascendant (sa mère) ayant entraîné la mort sans intention de la donner, et violence sur un ascendant (son père) à 8 ans d'emprisonnement.

⁸⁶⁶ Cf. *supra*. paragraphe précédent.

⁸⁶⁷ En ce sens, l'acte d'Andreas Lubitz n'est pas dénué d'analogie avec le crime passionnel. Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « Un crash métaphysique ou l'impasse nihiliste du principe utilitariste de raison suffisante », in *Thèmes*, II, 2015, mise en ligne le 23 avril 2015, <http://philosophiedudroit.org>

⁸⁶⁸ Louis PROAL, *Le crime et le suicide passionnels*, Ferdinand Alcan, Paris, 1900, 699 p., consulté sur gallica.bnf.fr.

autrement dit inaccessible à une explication rationalisable, pourrait être taxé d'être passionnel. Plus précisément donc il faut cantonner le crime passionnel à un geste, certes peut-être inexplicable, mais inexplicable en raison d'un lien familial qui lui sert de support. Il s'agit d'une inaccessibilité incomplète de la compréhension du crime passionnel puisqu'il sera concrètement absurde, mais représentable comme tel du fait des perturbations affectives qui auront présidé à sa mise ne œuvre. En somme, le crime passionnel présente l'originalité profonde d'être justement compréhensible dans son absurdité parce que l'affect est en jeu. *Personne ne comprend et en même temps tout le monde pourrait comprendre* ce qui a fait la démesure du délinquant passionnel⁸⁶⁹.

646. Ce critère paraît donc pouvoir être, dans une certaine mesure, opportun et efficace pour définir le crime passionnel intrafamilial. Il n'échappe pourtant pas à une ultime difficulté qui relève peut-être de l'ambivalence du droit face à l'amour que l'on invoque pour justifier la mise à mort d'un membre de sa famille : celle de sa distinction des cas d'euthanasie.

C. L'exemple de l'euthanasie comme limite de la définition du crime passionnel intrafamilial

647. **A un niveau intrafamilial, le crime qualifié de passionnel peut**, si l'on s'en tient à la définition que l'on vient de poser, **susciter une autre série de difficultés** relatives à ses contours, et cette fois-ci liées à des situations pour lesquelles la violence ne relève plus avec autant de netteté d'une évidence.

En effet, certaines hypothèses d'euthanasie⁸⁷⁰ pourraient alors entrer dans la définition posée du crime passionnel, dans la mesure où il s'agit bien généralement pour un descendant, mais pour un conjoint aussi bien, d'organiser la mort du proche⁸⁷¹, organisation pour laquelle

⁸⁶⁹ C'est en cela peut-être que la littérature y trouve toujours une source d'inspiration très haute. Le roman est bien ici le matériau le plus apte à communiquer cette expérience vraie d'une folie des sentiments à la fois universelle et profondément et radicalement singulière.

⁸⁷⁰ Pour une étude spécifique de l'euthanasie, voir Nicolas TOMC, *Mourir à l'hôpital : entre droit privé et droit public. Approche pratique, théorique et philosophique*, thèse soutenue à l'université de Bordeaux le 28 novembre 2012.

⁸⁷¹ Dans les législations relatives à la fin de vie, la possibilité de « laisser mourir » un malade est toujours soumise à l'intervention d'une personne de confiance et/ou du conseil de famille dans l'hypothèse où le mourant lui-même se trouverait dans l'incapacité d'exprimer sa volonté. La loi Léonetti de 2005, dans ses

un élément affectif est bien mis en avant. Dans ces cas aussi, il est question de tuer « par amour »⁸⁷². Le rapprochement ici opéré entre une situation de suicide assisté et les homicides commis dans la famille ne manquera pas de surprendre d'abord, en ce qu'il mêle apparemment précisément des hypothèses dans lesquelles la victime réclame sa mort, et celles dans lesquelles la victime ne demande qu'à continuer sa vie, souvent à distance de celui qui se rendra coupable.

Pourtant, ce même rapprochement ne peut manquer dans un second temps d'être instructif, si l'on rappelle premièrement que le consentement de la victime n'a rien à voir avec la qualification de l'infraction pénale⁸⁷³, et deuxièmement que le meurtre passionnel est historiquement analysé comme étant lié à la question du suicide, que ce soit par le biais du suicide, advenu ou projeté, du meurtrier, ou bien par celui de l'idée, qui pourrait être en certains cas fondée, que se fait l'assassin d'une volonté de mourir de sa victime⁸⁷⁴.

648. En principe donc, il existe des traits communs entre ces deux situations qui ne manquent pourtant pas de se distinguer l'une de l'autre en fait. Si l'on ne songe pas d'ordinaire à opérer de tels parallèles entre l'euthanasie et ce qui est nommé « crime passionnel », cela ne peut être que parce que ce dernier doit être commis non seulement en raison d'un affect déréglé, mais aussi dans un mouvement qui semble avoir échappé à la raison. Cet aspect est essentiel pour discriminer le crime passionnel. Tandis que l'intervention des membres de la famille suppose, dans la fin de la vie de leur proche, une réflexion longue et raisonnée⁸⁷⁵, le crime passionnel ne peut *a priori* être qualifié tel qu'à la condition qu'il soit commis sous l'impulsion d'une émotion, sans qu'aucune préméditation ne puisse être retenue en principe⁸⁷⁶. C'est donc ce critère de la préméditation, inhérente au suicide assisté, et exclue

articles 1 à 9, organise ce système, qui semble devoir être appelé à s'étendre à des cas d'euthanasies actives, si le projet de loi de 2015 était adopté.

⁸⁷² Voir par exemple Assises de l'Hérault, 9 mars 2015, où une femme avait tenté de tuer sa mère atteinte d'Alzheimer. Cette tentative de matricide, bien que le débat se soit cristallisé sur le point de savoir si le comportement de l'auteur était altéré au moment des faits, pourrait illustrer le propos ici avancé. En effet, la maladie de la mère a été invoquée par l'auteur comme une motivation de son geste.

⁸⁷³ Le consentement de la victime ne saurait être un fait justificatif. Cf. *supra*, sur l'inceste.

⁸⁷⁴ Louis PROAL, *Le crime et le suicide passionnels*, Ferdinand Alcan, Paris, 1900, 699 p., consulté en ligne sur <http://www.gallica.bnf.fr>.

⁸⁷⁵ Dont la difficulté tout de même est de l'encadrer, puisque si l'usage des soins palliatifs à « double effet » est aujourd'hui permis après une consultation de la famille qui suppose également une information médicale, le passage à la légalisation d'une euthanasie plus active ne peut s'organiser sans que la décision, qui reviendrait dans ce cas aux proches du malade, ne soit le fruit d'une réflexion aussi mesurée que possible en de telles circonstances.

⁸⁷⁶ La préméditation du crime pose notamment problème pour l'admission au rang des crimes passionnels de ceux commis par empoisonnement par exemple. Le roman *Thérèse Desqueyroux* de Mauriac est pourtant l'illustration d'un crime qui pourrait relever de la passion, et qui est perpétré néanmoins dans la durée.

lorsque l'hypothèse d'un crime passionnel est retenue devant les assises, qui sert de limite à ces deux situations.

Ce critère pourrait n'être que d'une efficacité relative s'il agissait seul, dans la mesure où il existe des crimes passionnels pour lesquels aura été démontrée une relative organisation de la scène meurtrière⁸⁷⁷.

Il est donc impossible de ne pas se fonder également sur la qualité de l'affect qui est mis en branle pour la réalisation de ce geste qui met un terme à la vie d'un être aimé. Si tant de débats et même de projets lois visent à légaliser un véritable suicide assisté en France, c'est bien parce qu'est supposée la bienveillance de l'entourage familial, qui ne ferait en ce cas que s'accorder à la volonté du mourant. Au contraire, dans le crime passionnel, l'affect qui intervient oppose l'auteur et la victime. C'est peut-être une évidence que de le signaler, mais cette évidence n'apparaît toutefois qu'à la condition qu'ait été préalablement identifiés les points pas lesquels la question de l'euthanasie pouvait être située sur un tableau coloré d'affects où se trouve aussi peint le crime passionnel⁸⁷⁸.

649. Le crime passionnel trouve ainsi à s'éclairer lorsqu'il a lieu dans la famille. Mais peuvent encore être qualifiées de passionnelles des situations dont la victime n'est pas un membre de la famille de l'auteur. Si c'est d'une responsabilité familiale qu'il est possible de parler malgré tout, c'est parce qu'un affect existe entre deux membres d'une même famille et que ce lien est le support de la victime qui visera celui ou celle qui paraît s'interposer dans ce rapport. Il est d'ailleurs à cet égard notable qu'en vérité, le crime qui puisse apparaître comme le stéréotype du crime passionnel soit celui qui vise un tiers envers lequel le coupable développe une jalousie démesurée. C'est bien ainsi un crime contre un tiers et non un crime

⁸⁷⁷ Ainsi en va-t-il des criminels passionnels se déplaçant au domicile de leur victime avec une arme : pour un exemple récent, voir cour d'assises de Quimper, 22 mai 2013. Dans cette affaire, qui semble de ce point de vue édifiante, les débats ont tournés autour de cette question de la préméditation parce que l'ex-époux s'était rendu chez sa victime après avoir placé dans sa voiture un revolver, qu'il aurait chargé en route. 25 années d'emprisonnement avaient été requises contre lui. Il a été condamné à 20 ans de réclusion. Même s'il est difficile d'évaluer, dans le cadre restreint de cette étude, la façon dont l'hypothèse du crime passionnel a influé sur le prononcé de la peine, il est possible déjà de remarquer que, dès lors que la passion a été mise en avant par l'avocat de la défense, l'attention s'est ensuite centrée principalement sur la question de savoir s'il pouvait bien être question de passion lorsque l'assassinat avait nécessité la réalisation d'actes successifs et organisés en vue de la réalisation de ce crime. La préméditation a été retenue, contre le coup de folie, mais sans que soit exclue la thèse du crime passionnel pour autant.

⁸⁷⁸ A l'heure où sont écrites ces lignes, un projet de loi est examiné qui vise de nouveau la légalisation d'une forme plus active d'euthanasie. Juridiquement, la question pourrait être posée de savoir si alors cette possibilité reposerait sur une immunité. Au fond, une telle immunité serait le résultat d'une impossibilité de qualifier l'homicide comme tel. Sur les immunités familiales, voir *supra*. p.. 97.

dans la famille qui est perçu au premier regard comme relevant du passionnel. L'affect est donc de nouveau perturbateur de la responsabilité.

II. LE CRIME PASSIONNEL VISANT UN TIERS

650. Il faut encore préciser la définition du crime passionnel lorsqu'il vise, en raison d'un dérèglement de l'affect, une personne qui n'est pas dans la famille. Car dans ce cadre extra familial également une confusion peut naître. Si le crime peut être dit passionnel à la condition qu'il soit commis sous l'effet d'une émotion violente, il faut encore chercher à préciser la nature de cette émotion, ainsi que son support. Sans cette distinction, le crime passionnel sera aussi bien celui de l'amant éconduit et jaloux sur son rival, que celui de l'amant soucieux par exemple de préserver ou d'augmenter le capital de sa nouvelle compagne sur un mari encombrant⁸⁷⁹, ou que celui à la rigueur de tout meurtrier sans préméditation. Loin d'être une distinction d'école, ce point est capital (A).

Une autre distinction, plus délicate encore, doit être introduite lorsque le crime passionnel est considéré comme un acte de vengeance (B).

A. Le crime par jalousie

651. Le crime passionnel ne peut être contraint dans les strictes limites des crimes commis entre membres d'une même famille, puisqu'alors il faudrait exclure de cette catégorie les meurtres qui en sont traditionnellement les stéréotypes, à savoir les crimes commis par jalousie. La difficulté que soulèvent ces crimes par jalousie quant à l'homogénéité d'une catégorie du crime passionnel est relative au fait qu'ils peuvent viser aussi bien l'infidèle lui-même qu'un tiers à la relation amoureuse, que ce soit d'ailleurs celui qui aura obtenu les faveurs de l'être « aimé », qu'un enfant⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ Cf. *supra*. p. 413.

⁸⁸⁰ C'est le crime de Médée. En ce cas, la jalousie ne tient qu'un rôle finalement très secondaire dans le caractère passionnel du crime puisque ce sont ses propres enfants que Médée assassine. Le mobile est moins important que la victime. et il pourrait être en effet pertinent de se demander si l'infanticide peut n'être pas passionnel tant il est lié à un dérèglement des affects.

Mais en fait, que le mobile soit la jalousie n'a pas d'incidence particulière sur la définition du crime passionnel aussi longtemps qu'il vise un membre de la famille. C'est bien uniquement lorsque la victime est extérieure au groupe familial que les questions de la nature des affects mis en jeu deviennent sensibles.

652. Dans ce cas en effet, il n'existe aucune évidence de la passion *a priori*, puisque victime et coupable sont étrangers l'un à l'autre. Alors qu'en famille les relations affectives sont présumées, et que de là le crime passionnel peut être supposé existant dès lors que la préméditation et l'intérêt sont écartés, lorsque la victime est un tiers, c'est le socle « quasi-sacrificiel » du meurtre qui s'érode. En tuant le rival, il n'est plus question de perdre un objet d' « amour », mais bien au contraire de tenter de mettre en échec sa perte. Alors qu'ailleurs le crime passionnel, et le traitement de responsabilité atténuée qu'il pouvait appeler, reposait bien sur l'idée d'une forme de perte, ou au moins de désintérêt dans le crime, il est bien ici question de tenter encore de gagner, ou de regagner le cœur de celui avec qui l'on vit.

Il paraît pourtant manifeste que le crime passionnel commis par jalousie n'en soit pas moins considéré comme un modèle du genre⁸⁸¹, et qu'il soit à ce titre l'objet des mêmes formes de clémence. Cela ne doit pas manquer d'étonner puisqu'en ne tuant pas l'objet de son « amour », mais un rival, il se trouve peut-être dans une situation plus proche de celui qui tue pour conserver un bien ou un avantage quelconque, que de celle de l'homme qui porte atteinte à la personne qu'il aurait dû au contraire aimer et protéger. La jalousie qui pousse à éliminer celui qui séduit l'autre pourrait bien n'avoir de passionnel que la violence avec laquelle elle se manifeste⁸⁸². Elle aurait ainsi ce caractère soudain et contraire à toute forme de préméditation. Mais cela est-il suffisant pour qualifier ce crime de passionnel ? L'affection n'aurait alors plus rien à voir avec le crime passionnel.

653. C'est pourquoi il faut encore s'interroger sur la nature de l'affect qui est à l'œuvre dans le crime commis par jalousie. Même lorsque le lien qui unit secrètement

⁸⁸¹ Ainsi toutes les études qui ont pu être consultées sur de thème au cours de ce travail ont-elles consacré de longs développements au crime par jalousie. Il est notable que le caractère passionnel de ces crimes ne soit pas questionné. Cf. FERRI, IMPALLOMINI, DE GREEFF, parmi les plus marquants historiquement, et le Docteur BENEZECH aujourd'hui, par exemple.

⁸⁸² Ce qui tout de même est déjà significatif. C'est ainsi que l'*hybris* des grecs était considérée comme présente et excusable lorsqu'un époux surprenait chez lui l'amant de sa femme, que cette démesure le pousse à tuer son épouse ou bien l'amant, sans distinction. Cf. Louis GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Albin Michel, L'évolution de l'humanité, Paris, 2001 [1917], 464 p.

l'auteur du crime à sa victime, tiers à son groupe familial, se trouve découvert, les affects qui seront dérégulés ne seront plus ceux de l'amour, mais bien ceux de la haine. Ce constat, pour facile qu'il soit, n'en est pas moins lourd de questionnements si l'on veut bien considérer que le crime passionnel a été jusqu'à présent analysé sous l'angle d'un amour, certes dévoyé largement. Dans l'hypothèse de l'homicide du rival, celui qui est la victime du crime passionnel n'est pas, dans l'esprit du criminel, un objet d'amour. L'affection tronquée qui est mise en œuvre cette fois agit plus indirectement dès lors que les liens qu'elle tisse ne sont plus ceux dans lesquels le crime passionnel intervient, mais sont seulement ceux sur lesquels reposent le geste criminel. Pour sauvegarder un lien entre lui et la personne aimée, le criminel passionnel élimine le tiers, précisément parce qu'il est tel, et que sa présence ne peut être dès lors qu'une intrusion.

L'élément affectif intervient donc bien en ce cas, mais d'une manière qui n'est pas exactement similaire à celle impliquée dans le meurtre visant directement l'objet des sentiments du délinquant passionnel.

D'une certaine façon, l'affect joue pratiquement ici un rôle inverse : tandis que dans le crime passionnel visant un proche, la victime ne peut être telle que parce qu'elle est précisément cet autre avec lequel le coupable vit, dans le crime par jalousie visant le rival, ce dernier ne subit les violences du criminel passionnel que parce qu'il est un tiers, un autre aussi, mais étranger cette fois.

654. Ce sont deux sens du mot « autre » qui sont à distinguer en vérité pour distinguer le crime passionnel commis entre les membres de la famille et celui qui porte atteinte à la vie du tiers sous l'effet de la jalousie. L'« autre » peut en effet être le même ou l'étranger⁸⁸³. Si l'affect devrait pouvoir comprendre ensemble ces deux pôles de l'autre⁸⁸⁴, il apparaît que dans le crime passionnel, une rupture s'opère entre les sens de l'autre, qui ne

⁸⁸³ C'est bien l'objet du recueil de poèmes de Jean-Louis BORGES, *L'autre, le même*, [El Otro, el Mismo], par exemple dans « Le golem » : « Il se sentit bientôt prisonnier, comme un homme, / D'un sonore filet : l'Après et l'Aujourd'hui, / Et la Droite et la Gauche et le Plus et le Comme, / Le Maintenant, le Cependant, le Moi, le lui. ».

⁸⁸⁴ Max SCHELER est celui qui a porté le plus loin cette pensée : *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Lefebvre (trad.), Petite bibliothèque Payot, 2003, [1913], 496 p. « Contrairement à ce que pensent Schopenhauer et Hartmann, la sympathie, loin d'être une preuve de l'identité essentielle des personnes, suppose plutôt leur différence essentielle (...) », p. 149. Et plus loin, Scheler ajoute que : « L'amour véritable, en effet, consiste à comprendre suffisamment une autre individualité, modalement différente de la mienne, à pouvoir me mettre à sa place tout en la concevant comme autre que moi-même, comme différente de moi-même, tout en affirmant avec une chaleur émotionnelle, et sans réserve aucune, « sa » réalité, « son » mode d'être », p. 158.

peut plus exister que sur l'une de ses extrémités. Là réside certainement le plus lourd excès de l'affect passionnel. La démesure qui lui est essentielle doit être identifiée en ce point : lorsque la victime de ce crime est l'épouse ou l'enfant, il est assassiné en tant que même, devenu tel aux yeux de criminel au point de perdre sa capacité à *exister en dehors des schémas que ce dernier aura prédéterminé pour lui*. Au contraire, lorsque la victime est un rival, celui-ci est assassiné en tant que tiers à la relation, parce qu'il ne saurait y être, aux yeux du délinquant, qu'un étranger, qui ce faisant lui aussi ne peut plus exister, *non parce qu'il a un rôle à jouer sur la scène passionnelle que le délinquant construit, mais parce qu'au contraire son intervention n'y a pas de sens*.

Le tiers doit disparaître justement parce qu'il est un tiers. Du moins cette analyse semble-t-elle valoir lorsque la jalousie est à l'origine du meurtre.

Il est pourtant un autre sentiment qui peut conduire le délinquant passionnel à commettre son crime en visant un tiers, et qui ne s'insère pas dans l'hypothèse qui vient d'être démontrée : c'est le cas du crime par vengeance.

B. Le crime par vengeance hors du champ du crime passionnel

655. Le crime passionnel qui vise un tiers peut encore être celui qui est commis pour actualiser une vengeance⁸⁸⁵. Cette situation peut d'abord recouvrir pratiquement celle étudiée lorsqu'un sentiment de jalousie est le mobile, dès lors que le criminel peut se venger de son proche en supprimant celui ou celle qui avait ses faveurs. Mais ensuite, cette situation pourrait encore prendre la forme de la défense d'un membre de la famille victime d'une offense, que le criminel passionnel décide de venger lui-même en s'en prenant à l'agresseur.

La première hypothèse peut poser un problème de taille à l'analyse qui vient d'être formulée⁸⁸⁶ dans la mesure où en visant le tiers pour mieux atteindre le proche, l'autre qui est supprimé par le criminel passionnel ne peut plus être défini comme celui qui est tué parce qu'étranger. Il paraît même si bien inclut à la relation passionnelle qu'il en devient une partie.

⁸⁸⁵ Il est nécessaire d'indiquer ici qu'en revanche, lorsque le crime passionnel est intrafamilial, la vengeance peut être invoquée, quoiqu'elle suppose alors, pour que la préméditation soit exclue, que l'auteur du crime passionnel invoque une réaction soudaine à des atteintes par lui subies. Dans la famille, une telle « vengeance » soudaine s'exerce contre le conjoint qui est supposé avoir trahi, ou bien contre les enfants ou les parents. Pour un exemple de parricide, voir Assises du Doubs, 20 décembre 2013, n°29, où un homme a été condamné à vingt ans de réclusion criminelle, ainsi qu'à un suivi socio-judiciaire de quinze années, pour avoir assassiné son père. Dans cette affaire, la vengeance a justement conduit à retenir la préméditation, alors que l'auteur du crime était sous l'emprise de l'alcool au moment des faits, et atteint de trouble bipolaire.

⁸⁸⁶ Cf. *supra*. Paragraphe précédent.

La difficulté majeure vient de ce que concrètement, le meurtre du tiers, parce qu'il est tel ou pour atteindre l'autre à travers lui reviennent au même geste. Introduire ici une distinction peut dès lors relever de la pure étude d'école. Il faudrait pourtant pousser jusque là l'analyse, faute de quoi une partie du sens du crime passionnel sera manquée. Car quand bien même il s'agirait ici toujours du meurtre d'un tiers, le sens de ce geste n'en demeurerait pas moins différent, conditionnant ainsi, ou devant conditionner, la sanction qui devra être appliquée. En effet, il y a comme une dégradation du statut du tiers entre le moment où il est visé par les violences passionnelles en tant qu'intrus dans une relation, et celui où il devient victime « par procuration », en tant *qu'inconcevable autrui*, assimilé à une partie de l'aimé que l'on croit ainsi punir. Cette situation, si tant est qu'elle puisse être reconnue à l'occasion du procès pénal, pourrait ne pas engager aux mêmes atténuations de la responsabilité que celles qui sont applicables lorsque le mobile est relatif à la jalousie plus qu'à la vengeance.

656. La seconde hypothèse est plus délicate encore, puisque **le crime passionnel rejoint alors une application de la justice privée**, et manque encore une fois de se dissoudre dans d'autres violences. Cette fois-ci, le délinquant passionnel agit à l'encontre d'un tiers, non plus pour punir le proche de son infidélité, mais pour sanctionner bel et bien ce tiers, considéré, à tort ou à raison, comme l'auteur d'une faute à l'égard du proche. En clair, dans une telle situation, et peut-être dans celle-là seule, il devient effectivement possible d'admettre que le criminel aime celui pour le compte duquel il commet ses violences. Alors que dans toutes les hypothèses qui ont été jusqu'ici étudiées, il apparaissait toujours que le lien d'amour souvent mis en avant dans un *a priori* fréquent à propos des crimes passionnels ne pouvait pas exister⁸⁸⁷, il peut en aller différemment dans le cas d'un crime commis à l'encontre d'un tiers pour venger un proche blessé.

A l'évidence, ce sont les limites mêmes du crime passionnel qui sont interrogées par ce cas. Puisque l'affect n'est plus celui qui unit le meurtrier et la victime, qui n'ont par hypothèse pas de vécu commun ici⁸⁸⁸, en démontrant qu'il peut bien y avoir amour entre le

⁸⁸⁷ Cf. encore *infra* pour une étude plus particulière de cette question de l'amour dans le crime passionnel.

⁸⁸⁸ La vengeance dont est victime Agamemnon lorsque Clytemnestre organise son assassinat pour venger la mort de leur fille Iphigénie n'est de ce point de vue pas un modèle de la situation exposée ici, puisque cette dernière concerne bien le meurtre d'un tiers, dans lequel un élément passionnel intervient. Est donc supposée une absence totale de lien de parenté ou d'alliance entre victime et coupable dans cette partie de l'étude.

délinquant et celui qu'il cherche à venger en s'en prenant à un tiers, c'est le caractère passionnel de ce geste qui fini par pouvoir disparaître.

657. L'exercice d'une telle vengeance privée peut-il être qualifié de passionnel simplement parce que le mouvement en serait initié par l'affection portée à un proche offensé ? Ce cas limite conduit finalement à regarder plus directement qu'ailleurs la place qu'occupe l'émotion dans cette violence⁸⁸⁹ pour qu'elle devienne passionnelle⁸⁹⁰, si le postulat selon lequel cette violence est spécifique est admis. Toute violence certainement est le résultat d'un mouvement qui peut être qualifié d'affectif⁸⁹¹. Mais alors, le crime passionnel n'est que le crime ordinaire, à moins d'accepter, de nouveau, de le circonscrire au crime intrafamilial⁸⁹².

En considérant le crime par vengeance, qui vise un tiers, une qualification plus précise doit donc être recherchée, afin de déterminer si ce crime peut ou non relever logiquement du crime passionnel, et des atténuations de la responsabilité qui lui sont afférentes. L'affect qui unit le délinquant au membre de sa famille qu'il cherche à venger peut ne pas être dérégulé, en ce sens que ce n'est peut-être pas ce lien là qui conduit directement à la violence. Et d'autre part, s'il existe en revanche certainement un dérèglement ou une démesure dans le rapport du criminel à celui qui devient sa victime, un tel dérèglement peut ne pas être l'effet d'une passion. Ainsi, d'emblée, la réflexion sur le crime commis par vengeance sur un tiers ayant offensé ou violenté un membre de la famille du criminel vise une situation qui n'est pas en principe passionnelle.

Dans les rapports entre le criminel et le tiers victime, à la vérité ne peut pas être ici le résultat d'un affect dérégulé au sens où il a été entendu jusqu'à présent, puisque par définition le tiers n'est ni connu, ni représenté dans l'esprit de l'auteur de l'acte illicite comme une entrave à la relation qu'il croit ainsi protéger.

⁸⁸⁹ Pour une approche des liens entre violence et émotions, voir Anne-Caroline RENDU LOISEL et Philippe BORGEAUD (dir.), *Violentes émotions, Approches comparatistes*, Droz, Recherches et rencontres, vol. 27, Publications de la faculté des lettres de l'université de Genève, 2009, 201 p.

⁸⁹⁰ Selon certaines analyses, la violence pourrait toujours être intrinsèquement passionnelle. En ce sens voir Jean CLAM, « Qu'est-ce que faire violence ? Intersubjectivité, corporéité et violabilité de la personne dans le Fondement du droit naturel (1796) de Fichte », in A.P.D, *Droit et esthétique*, Tome 40, 1995, p.348 à 389.

⁸⁹¹ Anne-Caroline RENDU LOISEL et Philippe BORGEAUD (dir.), op. cit. Et plus précisément les articles de Danielle FELLER, « Sacrifice et émotions : les lendemains traumatiques de la guerre dans le Mahābhārata », p. 115 à 134, et de Guy STROUMSA, « Les martyrs chrétiens et l'inversion des émotions », p. 167 à 181.

⁸⁹² Cf. *supra*. p. 409.

L'élément affectif de type passionnel ne peut donc exister que dans le rapport unissant le délinquant au membre de sa famille qu'il cherche à venger⁸⁹³. S'il existe, il peut certes obscurcir les capacités de discernements du délinquant, mais il ne pourra pour autant manquer d'être « par nature » plus prémédité et moins gratuit qu'un crime passionnel commis à l'encontre de celui ou de celle que l'on a aimé, ou cru aimer.

658. De nouveau, **les critères du débordement soudain et contraire à l'idée d'une préméditation, ainsi que de la gratuité se trouvent ainsi mis en avant** par ces quelques observations sur le crime commis par vengeance. Parce que ce crime s'exerce sur un tiers à la relation familiale et que l'affect y joue donc de manière moins évidente, la passion s'y détermine plus nettement par ses deux aspects d'irrationalité. Or, puisque la vengeance suppose, ne serait-ce que par la recherche de la personne qui devra la subir, un minimum de préméditation, et parce que surtout la vengeance suppose bien qu'une forme de gain soit recherchée par le criminel, elle semble mettre assez clairement en échec la qualification passionnelle.

De ces deux critères du passionnel, il est faut néanmoins souligner qu'ils ne sont pas d'une égale importance. Bien que le premier, relatif à la préméditation de l'acte, soit celui sous lequel le crime passionnel soit le plus souvent examiné par les tribunaux, c'est en fait le second qui paraît être le critère essentiel de discrimination. Le crime passionnel est regardé comme un crime insensé parce qu'il paraît devoir condamner presque en un même mouvement la victime et le coupable. Or, dans l'hypothèse de la vengeance, même si le criminel agit pour la défense supposé d'un autre qui est l'objet de son affection, il existe, du point du vue du mobile de l'acte, une contrepartie positive pour lui dans l'actualisation de son geste.

659. En somme, il apparaît quoiqu'il en soit que **le crime d'amour serait à la vérité bien mal nommé**, car il ne serait à la limite que l'expression tronquée d'un amour de soi. Encore faut-il bien mesurer la portée d'une telle affirmation, dans la mesure où même l'amour de soi n'est généralement pas une évidence dans ces affaires où le criminel cherche le

⁸⁹³ Mais il ne sera pas nécessairement passionnel, car il est sans doute possible d'admettre qu'une personne exerce une telle vengeance sans que soit *ab initio* en cause un rapport de ce type. C'est alors plutôt le sentiment d'une injustice dans le drame subit par le membre de la famille qui va être vengé, ou dans la condamnation pénale prononcée à l'égard du premier agresseur.

plus souvent à se supprimer après avoir commis son forfait⁸⁹⁴ et où ses mobiles révèlent qu'il agit comme pour défendre son existence menacée de mort, bien plus que pour affirmer cette existence. C'est finalement ici que réside le critère essentiel du passionnel, dans cette absence de « gain » que le geste emporte.

Toute la difficulté est donc de savoir si d'amour il n'y en a aucune trace, et c'est peut-être la réponse à laquelle pourra conduire d'abord l'analyse de cette certitude de la négation de l'autre.

Sous-section II. DE L'AUTRE EN SOI : CRIME PASSIONNEL ET AMOUR IMPOSSIBLE

660. La connaissance de soi qui se fait dans une rencontre avec un autre, mais plus particulièrement dans la rencontre avec celui qui doit être le plus proche n'est pas un thème inconnu de la philosophie⁸⁹⁵. En droit, il peut se trouver exploité pour approfondir la connaissance que l'on doit avoir des ressorts du crime passionnel.

Si l'affect est en effet troublé dans le crime passionnel, c'est parce qu'il bouleverse aussi bien la conscience de soi que peut avoir le criminel, et qu'il faut alors en tirer des difficultés quant à la détermination de sa responsabilité, que celle de l'autre (Paragraphe 1). Dans ces conditions, dire que le crime passionnel est un « cri d'amour » devient pratiquement impossible (Paragraphe 2).

⁸⁹⁴ Bien que le criminel n'y parvienne pas toujours, ou même qu'il ne tente pas toujours réellement de se suicider une fois son crime perpétré, il faut considérer, à la suite de nombre de psychiatres, psychologues ou psychanalystes que suicide et homicide sont intimement liés. On peut citer à titre d'exemple les recherches de BENEZECH sur les liens entre dépression et homicide, ou encore, bien que plus anciennes et en plusieurs endroits réellement datées, comme le sont malheureusement la plupart des études menées sur le thème précis du crime passionnel, celles de PROAL, *Le crime et le suicide passionnels*, Ferdinand Alcan, Paris, 1900, 699 p., consulté sur <http://www.gallica.bnf.fr>

⁸⁹⁵ Cf. *infra* sur les liens entre affect et connaissance, et sur ces liens avec la reconnaissance. Un pont devrait également être établi ici entre la connaissance et la reconnaissance, notamment pour ce qui a pu être dit dans ces pages de la connaissance dans le lien de filiation. Cf. *supra*. Ce pont démontre que le crime passionnel se trouve en fait être le point le plus saillant de toute une chaîne de difficultés propres à la famille et à la responsabilité qui s'y trouve exercée.

Paragraphe 1. La dissolution du soi et de l'autre dans une entité « figée »

661. Ainsi s'avère-t-il que dans le crime passionnel le **criminel s'enferme, et enferme l'autre** qui est sa victime dans un personnage qui se fige et qui scelle peut-être le destin tragique qu'il accomplit. Ni lui (I), ni l'autre (II) ne sont plus eux-mêmes dans ce système affectif troublé.

I. L'INEXISTENCE DU SOI DANS LE CRIME PASSIONNEL

662. **Au terme de ce processus du crime passionnel** qui va de l'effacement de l'autre et à l'impossibilité de l'amour oblatif de sa personne, **il est un acteur encore qui n'est pas épargné : l'auteur du crime lui-même.**

Bien que le crime passionnel soit éminemment celui qui ne pouvait sans doute avoir lieu qu'entre ces êtres déterminés concrètement, et bien que l'on admette avec Monsieur Bénézech que ce crime soit une « signature »⁸⁹⁶, il apparaît que dans cet acte même de revendication de soi, la personne se perde, puisqu'elle se contraint elle-même à n'être plus qu'un personnage figé en une posture prédéfinie et inévitable. C'est ce personnage, peut-être, que le criminel passionnel cherche à supprimer au fond lorsqu'il veut retourner contre lui l'arme avec laquelle il aura accompli son assassinat.

⁸⁹⁶ Michel BENEZECH ; Patrick LACOSTE, « La hache et le silence, crime passionnel, signature autobiographique », in *Ecrit du temps*, n°3, 1983, p. 151 à 197. Les auteurs relèvent notamment que « Si c'est la caractéristique du héros d'avoir à se distinguer de la masse par une impulsion subjective, l'accession du criminel à la formulation publique de son non, son objectivation par l'acte, représente le trajet inverse », p. 155. Cela nous paraît alimenter cette idée que dans le crime, et plus encore dans le crime qualifié de passionnel, il y a une incapacité à se dire. Dans une langue empruntée à Lacan, il faudrait y voir une difficulté de la répartition entre le symbolique et le réel. Le crime passionnel est, de là, le seul qui actualise dans l'acte meurtrier une « (...) déclaration de forfait du sujet ; (...). C'est bien parce que le *moi* est dans une position dont aucune balistique ne peut l'exclure, que le *je* l'atteint en même temps que sa cible imaginaire », p. 178-179. Plus tard BENEZECH reprend encore cette idée en indiquant que : « le crime passionnel est très généralement le signe d'une incapacité autobiographique majeure. C'est un acte toujours évidemment signé qui tient lieu, absolument, de signature, d'où la fréquente pauvreté, voire la banalité, des récits qui s'ensuivent », in *Heures Médico-légales*, op.cit. p. 125.

663. Parce que le crime passionnel est une signature, celui qui en est l'auteur se jette entièrement dans cet acte, et ce faisant, il n'est plus que lui. Déjà on commence à comprendre que la conscience, ou au moins la maîtrise de nos actions puisse s'effacer dans cette situation très particulière, emportant souvent avec elle l'entière responsabilité.

Si de là la monstruosité, ou l'inhumanité⁸⁹⁷, du criminel passionnel, est interrogée, elle repose bien en amont sur la question de la liberté que présuppose un tel acte. En effet, dès lors qu'en agissant, le criminel passionnel est pris dans cette « signature », qui constitue pour lui une fin ultime, et dès lors que cette considération existentiellement première n'offre *a priori* pas de prise au droit, étant toute intérieure, sa liberté est prise en étau entre deux faits d'une égale actualité.

D'un côté, la présomption de liberté sur laquelle repose nécessairement toute responsabilité s'applique en principe au criminel passionnel qui n'est pas un dément, mais bien celui qui aura été pris d'un aveuglement passager⁸⁹⁸. Un tel aveuglement ne peut en principe conduire à la reconnaissance d'une irresponsabilité complète parce qu'il ne fait qu'entraver l'exercice de la raison sans l'abolir⁸⁹⁹. Que ce crime soit celui d'un homme jaloux, ou celui d'une femme venant d'accoucher, l'expérience est plus celle d'une demi-conscience, d'un savoir sans savoir, que d'une perte totale de capacités.

Ce constat de la survie du principe de la responsabilité de l'auteur d'un crime passionnel suppose bien qu'il soit resté libre.

Mais d'un autre côté, et sous un angle plus subjectif, de l'ordre des mobiles du crime, en suivant les analyses de Monsieur Bénézech, et en accréditant l'idée d'un acte-signature, la liberté que l'on postule immanquablement est entachée, parce qu'elle ne peut plus aussi

⁸⁹⁷ Cf. *infra* pour une étude spécifique de cette question, p. 449.

⁸⁹⁸ C'est en ce sens tout à fait l'*hybris* grecque que l'on retrouve. C'est une démesure, qui peut bien être objective, comme en Grèce, mais qui n'en demeure pas moins distincte de la folie qui abolit le discernement. Il est ainsi clair que dans le crime passionnel, les instruments de la raison auraient pu fonctionner, mais ils auront été manipulés, détournés par l'aveuglement, d'ailleurs dans ces crimes presque toujours passager. L'assimilation à l'aliéné, dont Foucault indiquait qu'il était « innocent parce qu'il n'est pas ce qu'il est ; et coupable d'être ce qu'il n'est pas » (Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'Age classique*, Tel Gallimard, Paris, 1995, p. 547.) n'est pas entièrement fondée, puisque le criminel passionnel ne subit en principe qu'un égarement momentané, qui n'a pas abolit ses capacités ni sa raison, mais qui l'a aveuglé. Mais en somme, la question de savoir *s'il sait ce qu'il fait* demeure, et si nous l'éclairons quelque peu ici, nous ne pouvons la résoudre en ces modestes lignes.

⁸⁹⁹ Article 122-1 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état. »

« purement » qu'ailleurs s'attacher à l'action du criminel sans le viser lui. En clair, si dans le crime passionnel, comme dans tout crime, la responsabilité juridique vise d'abord l'action qui est commise, et non directement la personne à qui on impute le crime, la distance est ici sensiblement diminuée entre la liberté de la personne et l'action commise, puisque la personne se confinerait elle-même dans un crime à valeur autobiographique⁹⁰⁰. Celui qui est l'auteur d'un crime passionnel explique lui-même son action par une forme de nécessité⁹⁰¹. Il devait se défendre, défendre son être, par cette action.

Sa liberté est ambivalente, non par l'effet d'un déterminisme, extérieur à sa puissance, mais sous le poids de la réduction qu'il opère entre sa personne et son geste, et qui est concomitante à celle qu'il exerce entre la singularité de sa victime et la sienne.

Au fond, cette ambivalence se trouve déjà acté dans les décisions de justice qui révèlent soit une clémence plus grande dans le prononcé des peines de ces criminels familiaux⁹⁰², soit au contraire, mais plus rarement, une plus grande sévérité⁹⁰³.

II. LA DISPARITION DE L'AUTRE COMME PERSONNE

664. Comme une conséquence nécessaire de la disparition de soi dans le crime passionnel, l'autre s'y trouve lui aussi nié. Cette négation peut prendre la forme d'une réification, mais elle peut aussi passer par une indifférenciation de la personne, absorbée

⁹⁰⁰ Sur ces questions cf. Jean-Marc TRIGEAUD, *L'homme coupable, critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, Bordeaux, 1999, 245 p. Ainsi que « La personne et sa représentation ou l'illégitimité de son double », *Filosofia Oggi*, n°137-138, juin-juillet 2012, p. 13 à 26, dans lequel le professeur Trigeaud montre bien que le double, c'est aussi le même, et qu'il ne faudrait donc pas faire du masque un alibi de la personne. L'auteur y parle d'un « mal qui se commet au plan des rapports entre personnes aliénés à leurs rôles (familiaux, sociaux, professionnels, divers) et qui commence par un rapport peu maîtrisé et dévié avec soi-même dans l'incapacité d'accepter avec humilité un dédoublement de compréhension cognitive, qui conduit à regarder comme *un même* tout en étant *un autre*, et à s'ouvrir ensuite à la compréhension analogue des autres en tant qu'autres dans la différence radicale cependant d'avec soi. Le mouvement contraire porte des noms déjà qualifiés par la caractérologie (depuis Gaston Berger et Mounier) et par la psychologie, et permet de comprendre les délires de dédoublement qui vont jusqu'au crime des autres parce nés du crime envers soi-même », p. 20 et 21.

⁹⁰¹ Cf. par exemple la façon dont Louis ALTHUSSER raconte son geste envers sa compagne, dans *L'avenir dure longtemps. Les faits, autobiographies*, Paris, Stock, 2007, [1992], 575 p.

⁹⁰² Cour d'assises de Nîmes, 27 mars 2012 : Une femme a été condamnée à cinq ans de réclusion après avoir tué son ex-compagnon violent. La légitime défense a été écartée en la matière, mais la peine prononcée démontre que la violence de la victime a pesé sur le jugement.

⁹⁰³ Cour d'assises de Quimper, 22 mai 2013 : un homme est condamné à vingt ans de prison pour avoir tué son ex-compagne, notamment parce que la préméditation a été retenue.

d'une certaine manière, dans l'esprit du criminel (A). l'infanticide paraît de ce point de vue, devoir être l'idéal-type de cette disparition de l'autre (B).

A. Altérité et réification

665. Si l'altérité de celui que l'on tue dans le crime passionnel est niée, il faut bien comprendre ce que cet autre devient alors. Le crime passionnel du conjoint jaloux n'étant donc pas si éloigné de celui que commet le parent en tuant son enfant, plus souvent nouveau-né, à condition que la distinction soit nettement établie entre ce dernier cas de figure et celui, dont quelques mots ont été dits déjà, du déni de grossesse qui conduit la femme qui en est victime à ne pas être en mesure d'intervenir pour mettre son enfant hors de péril⁹⁰⁴, il faut tenter de concevoir une place de la victime d'un crime passionnel qui soit compatible avec l'ensemble de ces situations.

Dans l'infanticide, comme dans l'homicide d'un conjoint, ou comme d'ailleurs dans le parricide⁹⁰⁵, celui qui est exécuté n'existe pratiquement plus comme sujet, mais pourrait-il n'être pour autant qu'un objet, voir même un objet *sans corps* ?

666. Le criminel passionnel archétypique peut être celui qui nourrit, avec sa future victime, un lien de type fusionnel. Dans l'indifférenciation des personnes que sont soi et l'autre, ce n'est pas un « nous » en quelque sorte immanent qui s'observe, mais plutôt une forme particulière de « nous », qui est entièrement remise au « je » de l'auteur⁹⁰⁶. En clair, il fait venir de lui ce qui est en fait un peu en dehors de lui et dépendant d'un autre. Dans cette reconstruction intime qu'il se fait de l'autre, il se peut qu'il lui attribue des qualités qu'il n'a pas, ou bien pas en une si grande pureté, et qu'il se place alors apparemment en adoration devant cet objet reconstitué, donnant l'apparence d'un « amour plus grand » ou même « trop » grand, sur laquelle il est aisé de s'imaginer que repose la clémence des tribunaux à son égard.

⁹⁰⁴ Cf. *supra*. p. 375 et s.

⁹⁰⁵ Sur ce thème spécifique du parricide, voir le cas de Violette Nozière qui avait suscité de vifs débats dans les années 30, et qui positionne d'ailleurs le parricide comme étant lié à l'inceste. BRETON avait écrit un poème de soutien à la criminelle, dans le recueil *Poèmes*. De même ELUARD : « Violette a rêvé de défaire / A défait / L'affreux nœud de serpents des liens du sang ».

⁹⁰⁶ BENEZECH remarque ainsi à propos d'un des personnages fictifs de Simenon que : « Le futur meurtrier développe vis-à-vis d'elle [la femme « facile » dont il est tombé amoureux fou] un éprouvé possessif et jaloux, réalisant une fusion du couple à la fois sentimentale, émotionnelle et identitaire, sans limite ni indifférenciation entre les deux partenaires », *op.cit.* p. 240.

Mais ce faisant, et même lorsque ce n'est point pour lui prêter des fausses liaisons ou des intentions de départ plus ou moins fondées, celui qui vit une relation sur un mode fusionnel réinvente l'autre en soi, et se l'assimile sans plus pouvoir comprendre alors que ce dernier puisse agir en dehors du système dans lequel son esprit l'a conditionné.

667. La question de la réification de l'autre pourrait dans ce cas être résolue : celui qui est ainsi reconstruit n'a plus de possibilité d'agir sans être acteur de la pièce de théâtre qui se joue dans l'esprit de celui ou celle qui commettra l'homicide. Tout se passe ici comme si celui que l'on devrait aimer n'était plus qu'un objet sur lequel l'imagination devenait toute-puissante. Quoique cet acteur d'une pièce inventée et connue de son seul compagnon ou parent puisse faire, le sens en sera perçu conformément à un scénario pratiquement écrit d'avance. Même si la victime agit d'une façon objectivement contraire à ce que l'imagination de l'auteur du crime passionnel avait prévu, ce comportement ne pourra qu'être finalement intégré au système criminogène, comme une preuve ultime de l'agressivité de la victime.

C'est ce qui donne souvent aux crimes passionnels à la fois une certaine apparence d'organisation et un caractère particulièrement spectaculaire, et c'est ce qui fait de certaines tragédies des exemples si criant de vérité en la matière⁹⁰⁷.

668. Il est un paradoxe très fort du crime passionnel qui apparaît alors : **le crime qualifié de passionnel est celui par excellence d'une personne « normale », qui a, en un instant, agi comme un fou**, mais il est aussi celui qui se construit petit à petit dans une folie plus douce, avec une logique assez souvent implacable au plan « formel »⁹⁰⁸. Les décisions de justice rendues en la matière ont d'ailleurs souvent illustré quelles étaient les limites du raisonnement aujourd'hui dépassé selon lequel le crime ne peut être déclaré comme passionnel que s'il est intervenu sans délai après la découverte d'une infidélité ou d'un affront

⁹⁰⁷ La « machine infernale » semble bien être à l'œuvre dans ce crime dit d'amour.

⁹⁰⁸ RIBOT étudie en profondeur cette caractéristique de la passion dans son *Essai sur les passions*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 5^{ème} éditions, Paris, 1923, 192 p. Il y explique bien que la passion, dans cet ouvrage plutôt entendue en un sens mélioratif, fonctionne logiquement parfaitement dans le système clos qu'elle invente elle-même. Cette analyse s'applique parfaitement à la passion telle qu'elle a été définie ici, en un sens bien plus péjoratif. « (...) toute passion comprend trois groupes de faits : des états moteurs (désirs, aversions), des états intellectuels (sensations, images, idées), des états affectifs, agréables, pénibles ou mixtes, simples ou complexes. (...) Ces caractères me paraissent réductibles à trois, qui sont, dans l'ordre d'importance : l'idée fixe, la durée, l'intensité », p. 20.

d'une autre nature et seulement s'il est exécuté dans un état de colère dépouillé de toute ambiguïté.

Car à la vérité, la trahison, de quelque nature qu'elle soit, n'est découverte qu'au terme d'une recherche souvent échevelée de la culpabilité de l'aimé par l'amant. Et il faut encore ajouter que le criminel passionnel ne peut que trouver ce qu'il aura ardemment cherché. *a posteriori*, le crime passionnel apparaît à celui qui le commet comme une inexorable fatalité à laquelle il fallait aboutir.

En ce sens, il apparaît bien que l'autre n'est plus lui-même et qu'il est dans ce schéma privé de la capacité de donner à ses actes un sens propre. Il est perçu par son meurtrier comme un « objet ».

669. La réification de l'autre semble s'opérer par degrés : d'une « chose » prisonnière d'un rôle défini par le criminel, l'autre peut devenir une abstraction complète, dans le moment où la violence est à son apogée. Les analyses de criminologies et de psychologie sont peut-être encore trop peu nombreuses sur ce point pour affirmer que ce second temps de la violence passionnelle soit une donnée permanente⁹⁰⁹. Il est néanmoins possible d'affirmer qu'au moment du passage à l'acte, l'autre, qu'il soit enfant ou amant, n'est plus seulement vidé de ses possibilités d'expression comme le serait un objet incarné, mais encore il devient le dépositaire d'une abstraction que l'homicide doit supprimer pour survivre.

Cette hypothèse se déploie assez nettement dans le cas du néonaticide, où il a été observé que la mère agissait à l'égard de son enfant soit en occultant sa qualité de personne et en le réifiant comme s'il n'avait aucun besoin propre, soit par défense contre une projection d'elle-même, faisant alors de lui un symbole⁹¹⁰. Il ne paraît pas insensé d'étendre ces analyses à la situation du crime passionnel commis entre conjoints, dans la mesure où il s'agit là aussi de nier la personne de l'autre, dans sa capacité à avoir, non plus spécifiquement des besoins, quoique la question puisse dans certains cas de maltraitance conjugale se poser, mais surtout

⁹⁰⁹ On peut citer tout de même Michel BENEZECH., *Heures Médico-légales, Recueil de textes divers*, Bordeaux, édition privée, Novembre 2000, notamment p. 309 à 320.

⁹¹⁰ Pour une approche psychanalytique de la question, cf. Sophie MARINOPOULOS, *Infanticide et Néonaticide*, Editions Fabert, Bruxelles, 2011, 60 p. Il faut souligner, car ce n'est pas un phénomène si fréquent, que les remarques de cette psychanalyste sont admises par des médecins, psychologues ou non : notamment Denis ROUX, qui a connu, en tant que médecin gynécologue de la maison d'arrêt de Gradignan, des femmes ayant tué leur enfant (entretien du 20 décembre 2013), mais aussi Madame Elisabeth GLATIGNY, psychologue à Charles Perrens et spécialiste de la question du déni de grossesse (entretien du 28 mars 2014). Signalons également l'article de A.-S. SEIGNEURIE et F. LIMOSIN, « Déni de grossesse et néonaticide : aspects cliniques et psychopathologiques », in *La revue de médecine interne*, 33, 2012, p. 635 à 639.

des intentions, des désirs qui lui seraient propres, ou bien dans sa « corporéité », en le réduisant pratiquement à une allégorie de soi-même ou d'une partie de soi-même. Ainsi, le criminel passionnel interrogé peut dire qu'il a assassiné son conjoint pour protéger leur « amour » :

Cet « amour » désincarné et finalement vide ayant transfiguré la personne actuelle avec laquelle il partageait sa vie.

B. L'exemple de l'infanticide comme archétype d'une réification par assimilation

670. Ce crime particulier par lequel on désigne l'assassinat de son propre enfant, généralement par la mère lorsqu'il a lieu au moment de la naissance, ou très peu de temps après⁹¹¹, mais par le père lorsque l'enfant est plus âgé, **ne fait plus en France l'objet d'une disposition autonome en droit pénal**⁹¹². Le code pénal ne le laisse entrevoir que sous l'angle de deux types de circonstances aggravantes : le crime commis sur un mineur de moins de 16 ans et le crime commis par un ascendant en ligne directe sur son descendant.

Dans les faits, la première des difficultés que pose l'infanticide, lorsqu'il est commis par la mère à la naissance de l'enfant, est celle relative au phénomène du déni de grossesse. Ce déni, s'il est véritable, est susceptible d'atténuer la responsabilité de celle qui l'aura vécu. Les confusions entre grossesses cachées dans le projet purement conscient de mettre un terme à la vie de l'enfant à naître, dénégation où la conscience est partielle et déni véritable où la maternité est proprement impensable, doivent être prévenues⁹¹³. En effet, le déni véritable

⁹¹¹ Et on parle alors plus spécifiquement de néonaticide, par opposition aux filicides que commettent plus fréquemment les pères lorsque l'enfant est plus âgé.

⁹¹² En droit pénal français, le crime d'infanticide était autonome jusqu'en 1994, date à laquelle le terme lui-même a disparu de notre code pénal. Il semblerait que l'autonomie totale de ce type d'homicide entraîne généralement l'application de peines plus légères. Dans des *Recherches sur l'Infanticide*, menées de 1955 à 1965 et parues en 1968 (date à laquelle l'avortement est encore un crime lui aussi, mais que l'on distingue déjà de l'infanticide) sous la direction de Jacques LEAUTE (Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg XVI, Dalloz, Paris, 1968, 417 p.), il apparaît en effet que la grande majorité des femmes ayant commis l'infanticide est condamnée à des peines de prisons avec sursis. Les autres ne sont généralement pas condamnées plus de trois ans. Voir, dans cet ouvrage, les tableaux dressés notamment par LEVASSEUR et DENIZART à propos de la répression de l'infanticide dans le ressort de la cour d'appel de Douai, qui montrent que sur 18 cas, la cour d'assises n'a prononcé que 4 peines de prison ferme ne dépassant pas 3 ans, et 14 condamnations avec sursis, dont 3 seulement sont supérieures à 3 ans, p.199. Signalons aussi que dans les pays inspirés du Droit allemand, l'infanticide a une autonomie partielle, c'est-à-dire qu'il constitue une circonstance atténuante du crime d'homicide. Voir par exemple en Allemagne l'article 217 StGB. C'est sur le même principe que fonctionne la répression de l'infanticide en Autriche, ou aux Pays-Bas.

⁹¹³ « Un des experts conclut à une responsabilité pleine et entière, se fondant sur le terme « dissimulation de grossesse ». Or, à la lecture de son rapport, on voit que cet expert a confondu dissimulation et

devrait bien entraîner une atténuation sensible de la responsabilité, tandis que l'infanticide commis à la suite d'une grossesse dissimulée ne pourrait se prévaloir d'un traitement similaire⁹¹⁴.

671. Pour certains, l'état puerpéral est l'instrument de qualification du néonaticide le plus marquant, et il n'est pas impossible dès lors d'analyser l'atténuation des sanctions qui y sont attachées comme étant liée à la situation émotive particulièrement troublée de la mère. Cette hypothèse permet en effet d'expliquer les différences qui existent en droit entre le traitement des crimes commis à l'égard de nouveaux nés et ceux commis contre des enfants ayant déjà vécu au moins quelques semaines, ainsi que celles qui existent entre les peines infligées aux co-auteurs de l'infanticide, qui ne peuvent évidemment être sous l'influence de l'état puerpéral, et les sanctions que l'on applique à la mère. Le fait d'attacher à la définition de l'infanticide ces considérations affectives n'est pas non plus sans rappeler encore une fois ce qu'il advient en matière d'abandon d'enfant⁹¹⁵ ; tout se passe comme si l'on était en présence d'une force ou d'un mystère dépassant la compétence du droit, qui dans son dénuement alors, ne peut qu'être plus doux avec le parent qui semble toujours être aussi bien victime de son sort.

En revanche, on peut nourrir certaines interrogations sur la subjectivité que l'on attacherait à ce critère affectif. Comme ailleurs en matière de responsabilité pénale, l'élément intentionnel du délit est une nécessité de sa nature. Mais ici, cet élément psychologique est justement marquée par une forme de manque de liberté face à l'acte, qui a l'originalité de

déni ! Un autre expert conclut à l'existence du déni de grossesse mais conclut à une responsabilité pénale ! », note Stéphanie GUEDO, « L'appréhension du déni de grossesse par la machine judiciaire ou le déni du déni », in Actes du premier colloque français sur le déni de grossesse, Félix NAVARRO (dir.), Université Paul Sabatier, Toulouse, 23 et 24 octobre 2008, paru aux éditions universitaires du Sud, p. 111 à 114. Dans cette affaire, le verdict prononcé (8 ans de réclusion) apparaît à l'auteur comme un jugement en demi-teinte : « moins que les réquisitions et moins que pour un meurtre mais une peine sévère inappropriée à une femme ayant vécu un déni », p. 114.

⁹¹⁴ Il faut ajouter que les études menées en médecine semblent révéler qu'il n'existe pas de profil-type de femmes sujettes aux dénis de grossesse. En clair, en dehors de la reconnaissance de facteurs de risque clair, il peut sembler plus difficile d'établir le déni de grossesse comme une affection psychiatrique susceptible d'être reconnue juridiquement comme une cause subjective de non imputabilité. Pour un point de vue médical sur cette question, Cf. par exemple Jens WESSEL, Annett GAURUDER-BURMESTER et Christoph GERLINGER, « Denial of pregnancy. Characteristics of women at risk », in *Acta Obstetricia et Gynecologica*, 2007, 86, p. 542 à 546. Les auteurs concluent très nettement leur étude : "The group of women with denied pregnancy was heterogeneous, and a clear-cut typology of a 'pregnancy denial' could not be established." Nous devons ici remercier le docteur Elisabeth GLATIGNY, psychologue à l'unité mère-enfant de l'hôpital Charles Perrens à Bordeaux, qui nous a donné accès à ce document, et qui a pris le temps de nous accorder un entretien, nous permettant de mieux saisir les enjeux de cette problématique complexe, tels qu'ils sont perçus par la médecine.

⁹¹⁵ Bernard ASSICOT, *L'abandon d'enfant, étude de sociologie*, thèse de doctorat dactylographiée, Paris VIII, 1993, 337 p; Franck ROUMY, *L'adoption dans le droit savant du XIIème au XVIème siècle*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 279, L.G.D.J, Juillet 1998, 319 p

disparaître dès que le crime est réalisé. L'état de trouble émotionnel dans lequel est plongée la mère infanticide n'est pas *a priori* constitutif en sa personne, et n'est, d'une certaine manière, qu'accidentel⁹¹⁶. Cela pourrait rendre son examen, et par tant la qualification même de l'infanticide, subjectif. Encore une fois, cette subjectivité expliquerait bien les disparités qui peuvent exister d'une affaire à l'autre, et répondrait logiquement à l'exigence d'une étude in concreto des situations des femmes coupables d'infanticide que la justice a à connaître.

Néanmoins, la subjectivité apparente de ce crime ne devrait peut-être pas être exagérée, au sens où elle ne semble pas plus forte dans ce cas que dans toute détermination d'un délit pénal. En outre, c'est peut-être la situation de la criminelle qui prime, dans la détermination de son délit, sur une considération réelle de ses motivations et de leurs poids sur sa liberté d'action. En effet, l'originalité réelle de ce crime est qu'il est commis par celle qui devrait aimer et protéger la personne qu'au contraire elle détruit. On présume alors que son trouble était psychologiquement et affectivement trop grand, et que c'est cela seul qui peut causer ce phénomène par lequel une mère tue son propre enfant. Il ne s'agit pas de dire que cette présomption est fautive ou infondée, puisque ce sont là des vérités que la psychologie a pu mettre au jour, mais plutôt d'essayer de montrer qu'il y a, à l'intérieur de l'état subjectif déterminant pour le passage à l'acte, un état qui peut être aussi objectivement regardé et vécu, non plus alors comme un déterminisme de l'histoire personnelle, mais comme une privation accidentelle de liberté de la personne qui agit ainsi parce qu'elle est dans une situation donnée, qui implique ses relations avec les autres, avec ses proches, et avec cet enfant qu'elle ne peut concevoir.

672. Une fois posés les jalons de ce problème spécifique du néonaticide, il faut considérer l'infanticide lui-même, qui strictement désigne alors le meurtre d'enfants plus âgés par l'un de leur ascendant. S'il apparaît que dans le néonaticide, l'enfant n'a pu être pensé par sa mère, et n'a donc pu être à ses yeux une personne, un processus comparable de réification de l'enfant s'opère dans l'infanticide. Ce qui diffère entre les deux cas du néonaticide et du filicide, au delà des données criminologiques, c'est la forme que prend la

⁹¹⁶ Il ne s'agit pas ici de dire que rien ne peut expliquer ce geste, puisqu'au contraire toutes les études menées dans ce champ de recherche, aussi bien en criminologie qu'en psychologie, démontrent que les mères qui en viennent à commettre un tel acte sont le plus souvent marquées elles-mêmes par des difficultés affectives liées à leur enfance, et plus précisément à leurs relations avec leur propre famille. Un autre facteur qui paraît parfaitement essentiel est celui qui a trait à la solitude de ces femmes, au près de qui le père n'est presque jamais présent. Si, par exceptionnel, il l'est, alors il est fréquemment co-auteur de l'homicide du nouveau-né.

réification. Dans le néonaticide l'enfant n'a pu devenir cet autre à qui la mère devait penser et donner son amour. Dans l'infanticide, l'enfant devient autre chose dans l'esprit de l'auteur.

673. Lorsque Médée tue ses enfants pour se venger de l'infidélité de Jason, elle représente bien en effet une troisième forme du crime passionnel dans laquelle les victimes ne sont ni purement des objets déshumanisés, ni le symbole désincarné d'une valeur abstraite à défendre⁹¹⁷, mais des moyens d'atteindre son amant. Ce mythe⁹¹⁸ paraît d'une part très évocateur de ce qu'il y aurait une forme de fatalité du crime passionnel, qui ne s'exprime qu'une fois l'irréparable commis, et d'autre part de ce que les victimes ne sont, pour leur assassin, plus des personnes à part entière. Ici pourtant il n'est pas absolument question de rejeter la qualité de personne de celui que l'on tue, ni de ne plus en saisir la chair. Il s'agit plutôt pour le criminel, plus souvent féminin dans ce cas de figure, de soumettre sa victime à une fin considérée comme plus importante.

La Médée d'Euripide n'hésite-t-elle pas longuement avant de se résoudre à son horrible crime, prouvant ainsi qu'un débat intérieur peut présider au passage à l'acte passionnel ?⁹¹⁹ La personne « aimée » entre alors dans une hiérarchie des intérêts à laquelle elle échappe normalement, et peut être supprimée pour l'actualisation d'un but que l'assassin juge supérieur.

674. Le complexe ou syndrome de Médée est ainsi reconnu en psychologie, pour désigner une forme singulière d'infanticide dans laquelle c'est le conjoint que l'on vise par

⁹¹⁷ Cf. *supra* le A précédant.

⁹¹⁸ Les tragédies sont en vérité pleines de crimes familiaux dont tous nous paraissent représentatifs pour notre étude. Par exemple, nous aurions pu étudier le cas d'Atrée, qui se venge de son frère Thyeste en assassinant ses trois fils et en les lui donnant à manger. Il a donc assassiné ses neveux pour atteindre son frère. Toute la tragédie des Atrides est marquée par le premier crime de Tantale qui a servi Pélops, son fils, en repas aux dieux pour tester leur omniscience.

⁹¹⁹ Selon Pierre MISCEVIC : « La magicienne fera de ses fils des instruments de mort, en leur faisant porter à Glauk les parures empoisonnées, avant de plonger en leur sein le poignard mortel. (...) Et pourtant, la Colchidienne n'en arrive pas à cette extrémité sans hésitations ni sans souffrances : car si elle est magicienne, elle est aussi humaine. (...) », *Médée*, rivages poche, Paris, 1997, p. 21. Et en effet, lorsque le chœur demande à Médée : « Mais auras-tu le courage, femme, de tuer tes deux enfants ? », Elle lui répond, implacable : « Oui, car ce sera la meilleure façon de faire saigner le cœur de mon époux ! ». Chez Sénèque, le projet infanticide n'est pas strictement identique. Au lieu d'être un plan dont on devine l'issue dès le début de la pièce grecque, il se présente à la Médée latine comme une évidence dont elle ne peut plus discuter déjà. Elle est passée « du *dolor* (douleur inconsolable et ressentiment à la fois) au *furor* (colère paroxystique menant à l'aveuglement d'une folie momentanée), passage voulu, fureur « travaillée » permettant au héros d'accomplir son crime impie », *ibidem*, p. 41-42.

la mise à mort des enfants, ou bien pour renvoyer plus largement à toute attitude visant à priver un parent de ses enfants de façon violente⁹²⁰.

Jason est le traître, et leurs enfants sont l'instrument nécessaire de la vengeance, ce qui, en soi, ne leur fait pas perdre leur qualité d'enfants pour Médée. Sa main est même souvent représentée comme retenue un instant par l'amour maternel.

Le sacrifice des enfants par leur mère n'a pas le même sens ici que celui d'Iphigénie par Agamemnon. En effet, celui des fils de Médée et de Jason ne peut sauver personne, ni attendrir aucun dieux à une cause humaine, même si l'on pourrait avancer que la mort de ses deux enfants répond aux sacrifices humains que l'on opérât en Colchide sous l'égide de la toison d'or.

L'infanticide est ici à la fois absurde et implacable⁹²¹, dans le parachèvement des crimes de Médée qui a déjà trahi son peuple, tué et découpé son frère, et poussé des filles à assassiner leur père, le tout pour aider Jason et parce qu'elle en est éprise⁹²². Chacun de ses crimes peut être défini comme passionnel, mais c'est bien l'assassinat de ses enfants qui en est le modèle le plus fort, puisque c'est aussi celui que les tragédiens ont le plus clairement fait voir comme un déchirement intérieur entre ses sentiments maternels et sa place d'amoureuse déçue.

Sa vengeance est-elle alors à la mesure du coût de son amour pour celui à qui elle a livré la toison d'or ? Puisque ni Jason ni leurs deux enfants ne sont entièrement niés dans leur dignité de personne, il n'est pas impossible qu'une forme d'amour les lie encore à leur bourreau, ou du moins n'est-ce pas aussi catégoriquement absurde que lorsque l'autre est réduit à une chose ou à une idée.

⁹²⁰ Cf. Antonio ANDREOLI, « Le syndrome de Médée, parcours sadique de la perte d'amour », *in Revue Médicale Suisse*, n°6, 2010, p. 340 à 342. « Le syndrome de Médée est une modalité de harcèlement mise en œuvre par un parent voulant priver son conjoint de la relation avec ses enfants et apparaissant à l'occasion d'une rupture conjugale. », p.340. ANDREOLI clôture son article par un appel au législateur de son pays « Des nouvelles législations devraient permettre de mieux reconnaître le caractère délictueux de la privation d'enfant à but de vengeance passionnelle et de sanctionner cette conduite de façon appropriée ». En France, rappelons tout de même que la non représentation d'enfant est déjà un délit spécifique.

Cet auteur fait une distinction entre le « complexe de Médée qui ne serait que celui qui frappe le parent, plus souvent la mère, infanticide, et le « syndrome de Médée », dont il traite plus précisément. On peut remarquer que dans cette recherche, l'auteur précise également que les parents qui agissent de la sorte se sentent investis d'une mission de justice. Cela n'est pas dénué d'importance où les crimes passionnels semblent tous avoir en partage ce sentiment de la part de ceux qui en sont les auteurs.

⁹²¹ Mais tel est le cas de tout infanticide commis par la mère, et pas seulement dans celui de Médée, dès lors que « La maternité est aussi métaphore, l'image de la sollicitude, de la générosité et du souci pour ses propres enfants ou pour d'autres figures qui requièrent une protection. », *in* Vinciane PIRENNE-DELFORGE, « La maternité des déesses grecques et les déesses-mères : entre mythe, rite et fantasme », *Clio, Histoire, femmes et sociétés*, n°21, 2005, p. 129.

⁹²² Dans le film de Pasolini, Médée tombe immédiatement évanouie sitôt qu'elle voit Jason : l'amour la frappe sans qu'il lui soit possible de résister.

En clair, et c'est ici que ce mythe peut être employé comme un idéal-type du crime passionnel, la question est de savoir si dans ce crime, il y a de l'amour, puisque c'est ce qui explique finalement l'indulgence des cours d'assises, dans la mesure où ce sentiment serait plus propice qu'un autre aux errements de la conscience et de la volonté.

675. C'est ainsi que ni le criminel ni la victime ne peut plus être lui-même dans le crime passionnel. Dès lors, la question de la possibilité pour l'amour d'exister vraiment dans ce lien affectif doit être posée.

Paragraphe 2. La question de l'amour dans le crime passionnel

676. Sans directement pouvoir prétendre à une définition de l'amour, qui d'ailleurs dépasserait très largement le domaine de ce qui peut simplement permettre à la responsabilité de mieux connaître le crime passionnel, **il est possible au moins d'en dégager certains contours**, en négatif. En effet, les constats précédents révèlent peut-être que l'amour est dans ces cas pris dans une ambivalence affective exorbitante et terrible (I), et que c'est au fond un problème de connaissance qui appert nettement, et qui participe de la difficulté qu'éprouve la responsabilité à se positionner devant de tels crimes (II).

I. L'AMOUR SANS SUJET NI SANS OBJET : DE L'AMBIVALENCE DU SENTIMENT A L'ATTENUATION DE LA RESPONSABILITE

677. Dès lors que l'autre n'est plus lui-même aux yeux de celui qui le tue, il est *a priori* difficile, voir impossible d'envisager qu'il puisse être aimé. Le crime passionnel n'aurait alors plus rien avoir avec ce sentiment dont chacun peut connaître la puissance. Si l'autre est un objet, ou s'il est une représentation, ou encore s'il est un moyen, même si cette troisième situation est peut-être moins évidente de ce point de vue pour les raisons qui

viennent d'être développées, il n'est plus en tout cas la personne avec laquelle on vit, en face de laquelle on existe, et que l'on aime *enfin*.

Cette déduction peut convaincre logiquement, mais elle semble pourtant manquer un aspect de l'expérience concrète et collective du crime passionnel. En effet, s'il est jugé avec clémence la plupart du temps, et s'il porte même ce nom là, c'est bien parce qu'il n'est pas aussi simplement départi d'une affection sincère et profonde pour celui qui en est victime. Quand Althusser étrangle son épouse, on ne peut affirmer sans certitude et sans nuance qu'il ne l'aime pas, qu'il n'agit que par égoïsme, et que sa femme alors n'existe plus en tant que telle à ses yeux. Le non-lieu qui avait été prononcé alors témoigne d'ailleurs de ce que toutes ces réductions semblent impossibles⁹²³.

678. Si l'on pouvait s'en tenir à cette ambivalence⁹²⁴, et décider qu'il n'est pas de la compétence du droit de déterminer s'il y a de l'amour dans le « crime d'amour », il faudrait pourtant bien admettre que du sens que l'on donne à la violence passionnelle dépendent en très large partie les sanctions qui lui seront appliquées ou auxquelles au contraire il sera soustrait. Indirectement, c'est finalement de la reconnaissance d'un sentiment capable de bouleverser l'entendement que dépendra la possibilité de retenir une responsabilité juridique de l'auteur⁹²⁵.

L'hybris dont parlaient les grecs pour qualifier l'emportement aveugle dans lequel le criminel était plongé, malgré lui, mais conformément à la destinée, est apparemment proche de ce qui sous-tend les jugements rendus en la matière. L'histoire du crime passionnel serait donc continue.

En effet, plutôt que de se poser la question de l'amour entre le criminel et sa victime, comme l'a fait De Greeff⁹²⁶, les tribunaux s'interrogent plus volontiers sur la capacité de

⁹²³ ALTHUSSER (op. cit) raconte ainsi que « le destin du non lieu, c'est en effet la pierre tombale du silence », p. 37, semblant pratiquement saisir tout ce que ce non lieu prononcé impliquait de culpabilité *quand même* et mettant ainsi en valeur la profondeur des remords qui saisissent le criminel passionnel. Toute l'ambivalence de ce constat est d'exprimer à la fois un besoin de punition légale, et une imperfection grave que cette même punition lorsqu'elle s'applique à de telles situations où vraiment l'incarcération ne peut rien apprendre au coupable.

⁹²⁴ « (...) le psychisme humain est profondément marqué par l'ambivalence des sentiments, tout lien affectif positif possédant sa composante négative : amour et haine, possession et destruction, vie et mort sont donc intimement liés (...). Samuel Coleridge, poète et philosophe anglais, n'écrit-il pas : « ...c'est être comme fou que d'être courroucé contre la bien-aimée » », Michel BENEZECH, op. cit. p. 172.

⁹²⁵ Cf. *infra*. p. 446.

⁹²⁶ DE GREEFF, ou IMPALLOMENEI, ont affronté directement la question du sentiment, pour affirmer que le criminel passionnel n'aime pas vraiment sa victime, que ce soit dans *Amour et crimes d'amour*, ou dans *Les instincts de défense et de sympathie*. Leurs travaux conduisaient à une responsabilité totale du criminel. Ils ne sont plus en vogue parmi les criminalistes. Sans être aussi catégorique que DE GREEFF quant à la peine qui doit sanctionner le crime passionnel, il est hypocrite de ne pas considérer la centralité de ce problème lorsque

contrôle de soi que le coupable était en mesure d'avoir, comme si, finalement, seule comptait la volonté dans l'élément moral de ce crime, qui en cela ne différerait alors pas d'un autre.

Cependant, rien n'indique d'abord qu'il soit plus aisé de déterminer le degré de conscience d'un criminel au moment des faits que de déterminer la qualité de son attachement à sa victime. Si l'*hybris* grecque avait la particularité d'être une notion objective⁹²⁷, en ce sens qu'elle était vraiment extérieur à l'auteur du crime, l'aveuglement que l'on cherche à observer aujourd'hui dans ces affaires de crimes familiaux est complètement subjectif et intérieur, si bien que sonder la volonté soit pratiquement devenu aussi hasardeux que de saisir un cœur. L'*hybris* dominait complètement l'homme qui en était frappé, et il n'était nul besoin de chercher à déterminer ses intentions, qui n'existaient plus de façon indépendante d'elle. Tel n'est plus le cas assurément de l'idée de volonté ou de conscience que l'on applique au criminel pour déterminer s'il relève de l'ordre du passionnel ou non.

679. Ainsi, lorsque les problèmes de l'intervention de l'expert psychiatre et/ou de l'expert psychologue, et celui du poids qu'il convient d'accorder à la vérité que ces spécialistes présentent à l'examen du juge pénal sont soulevés seuls, un aspect capital du crime passionnel est manqué. Sans rejeter l'importance de ces questions, au plan médical parce qu'il faut bien d'abord identifier un symptôme, et ensuite être capable de restituer un état de conscience au moment des faits –ce qui est plus ardu- et au plan procédural parce qu'il est essentiel de redonner à la science juridique sa valeur face au développement des neurosciences⁹²⁸, il est nécessaire de juger le crime dit d'amour dans sa singularité.

L'on veut s'attacher à l'étude du crime qu'un époux commet sur l'autre, ou qu'un parent inflige à son enfant. L'affect est porteur d'une valeur que le droit ne peut pas craindre de reconnaître lorsqu'il régit la famille : il ne remplit pas son rôle s'il n'ose poser simplement que violenter un proche n'est assurément pas une « bonne façon d'aimer ». Le problème n'est pas seulement celui de la violence qui est proscrite dans toute relation sociale, il est éminemment lié à la relation particulière qui doit exister et qui existe de fait entre les membres d'une même famille.

⁹²⁷ Louis GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Albin Michel, L'évolution de l'humanité, Paris, 2001 [1917], 464 p. Il nous semble très important de citer Gernet, au moment où il en arrive à décrire l'émergence d'une notion d'*hybris* subjective, c'est-à-dire de volonté criminelle socialement reconnue (et non individuellement ressentie) : « (...) l'expérience grecque [de ce qui est intentionnel], en particulier, atteste que les origines en doivent être cherchées non pas dans une réflexion impersonnelle de l'intelligence, mais dans des états de sentiment collectifs. Du sentiment, elle tient sa raison d'être, et par suite le droit même aux incertitudes et aux contradictions : en fait de « crimes passionnels » nous le voyons aujourd'hui encore, alors que la logique semblerait avoir sur la pensée sociale une prise plus impérieuse que jamais », p. 389. Gernet poursuit son analyse en posant l'idée que derrière l'intention, trop obscure à déterminer, en quoi nous le suivons sans réserve, c'est finalement la notion de criminel que l'on cherche à déceler, et qui détermine tout les procédés d'individuation de la peine. L'*hybris* que l'on qualifie alors de « subjective », par opposition à l'objective qui était un aveuglement, une erreur, permet de désigner ce personnage qui veut le mal, et qui doit, dans sa personne même, être condamné pour cela. Tout ceci rappelle bien malheureusement la notion de dangerosité dont on use et abuse aujourd'hui.

⁹²⁸ Cf par exemple « néo-évolutionnisme et neurosciences à portée juridique », in *Thèmes*, revue de la B.P.C,

Ce qui fait la particularité du meurtre passionnel, et les difficultés que les juges rencontrent pour le sanctionner, c'est bien la source de l'aveuglement qui le caractérise. Quand bien même l'expert serait-il capable de déterminer avec précision une quantité et une qualité de volonté libre dans l'esprit du criminel au moment où il a agi, il ne serait pas pour autant plus complet pour décrire juridiquement le crime passionnel. Le mobile importe ici plus qu'ailleurs parce qu'il est à la fois l'intention qui permet de retenir l'élément moral du crime, et le sentiment ambivalent qui le singularise. Se demander si l'auteur du crime sait ce qu'il fait au moment où il commet l'irréparable ne peut mener qu'à une réponse tronquée : le meurtrier passionnel prépare souvent matériellement son geste⁹²⁹, ses facultés intellectuelles lui permettent dans la plupart des cas de parfaitement comprendre que son geste entraînera inévitablement le décès de sa victime⁹³⁰. Il frappe en ayant conscience de la gravité de son geste. Sous cet angle, rien ne justifie l'allègement de ses peines, l'impulsivité de son acte n'étant en rien exclusive de sa conscience.

Pourtant, ce criminel s'organise sous l'emprise obsédante de l'idée qu'il doit défendre son existence, ou l'existence d'un couple devenu irréel, et c'est bien là qu'est la passion qu'il subit. C'est à ce niveau là que l'expert en psychiatrie ou en psychologie doit informer le juge, et non simplement sur celui de la faculté de la raisonner clairement.

II. DU PROBLEME DE L'AMOUR AU PROBLEME DE L'IDENTITE ET DE SA CONNAISSANCE

680. La question de l'amour dans le crime passionnel ne peut donc pas être si simplement éludée. Si la victime ne peut plus être elle-même, et si le criminel n'est pas lui-même non plus mais est menacé dans son identité même, alors il faut en conclure que le crime

⁹²⁹ Selon BENEZECH : « On note neuf fois sur dix une préméditation matérielle des faits mais sans préparation soignée de l'acte criminel qui est réalisé souvent d'une façon impulsive », op. cit. p. 173.

⁹³⁰ Cela est d'autant plus frappant dans les crimes où l'assassin passionnel invoque un mobile altruiste : il prétend qu'il a tué sa victime pour son bien ! Ce type de justification *a posteriori* du crime passionnel est bien plus fréquent lorsque le crime est commis entre ascendants et descendants. Qu'il nous soit permis encore une fois de nous en référer à Médée, pour la force exemplaire de ses propos. C'est ici Euripide qui la fait parler : - « (...) sans délai, je vais tuer mes enfants et quitter ce pays, car je ne veux pas, en prenant du retard, laisser mes fils périr sous les coups d'une main plus hostile. C'est inévitable, il faut qu'ils meurent ! Et puisqu'il le faut, c'est moi qui vais les tuer, moi qui les ai mis au monde. Allons, mon cœur, arme-toi ! Pourquoi tarder ? C'est horrible mais nécessaire ; je dois accomplir ce crime ! (...) », scène V.

passionnel n'advient que dans une situation familiale tronquée, où les personnages ont remplacé et étouffé les personnes⁹³¹. En lieu et place de l'amour qui doit se définir comme un élan véritable vers l'autre et sa différence, pour retrouver ensemble une unité dans laquelle la différence vit, c'est une forme de « séduction narcissique »⁹³² qui semble s'imposer, et qui, d'une certaine manière, pèse sur tout le groupe familial.

En s'interrogeant donc sur le crime passionnel, et plus particulièrement en abordant cette question de l'amour, au fond cruciale quoique masquée sous les traits du sensationnel, voire du scandale⁹³³, ce sont bien finalement ces questions de la communication des personnes, au sein d'un groupe où il faudrait, plus ou mieux qu'ailleurs, se connaître. En ce point se noue peut-être certains des enjeux du droit contemporain de la famille, et il aura fallu aller jusqu'au crime passionnel pour les éclairer.

En effet, s'il est admis que dans le crime qualifié de passionnel chacun des personnages est redéfini, et détaché de la personne libre sur laquelle il devrait se construire, par le criminel, alors il faut également reconnaître que les identités sont occultées, et que la victime comme le coupable sont devenus inconnaissables aux yeux de ce dernier. Dans cette situation extrême, se donnent à voir des éléments sous-jacent dans des situations familiales non criminelles mais déjà marquées par des bouleversements de l'identité, et surtout d'une identité idéalisée et abstraitement comprise.

681. Une relation est classiquement posée entre amour et connaissance⁹³⁴.

L'amour comme ouverture à un autre, en tant qu'autre⁹³⁵, serait le seul moyen d'accéder à une

⁹³¹ Cf. Jean-Marc TRIGEAUD, notamment *Persona ou la justice au double visage*, Studio editoriale di cultura, Genova, 1990, 298 p ; *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bière, Bordeaux, 1995, 460 p ; et récemment « La personne et sa représentation ou l'illégitimité de son double », in *Filosofia Oggi*, XXXV (2012), f. I-II, p. 11 à 26.

⁹³² Nous empruntons l'expression de « séduction narcissique » à Paul-Claude RACAMIER, psychiatre et psychanalyste, qui la définit dans son ouvrage sur *L'inceste et l'incestuel*, Dunod, Paris, 2010, 174 p. Il pose ainsi les contours de la notion qu'il découvre : « Michael Balint a parlé d'*amour primaire* : nous n'en sommes pas loin. On parle souvent et avec beaucoup d'entrain, de *relation fusionnelle* ou d'indifférenciation, mais ce sont là des notions purement descriptives et des plus approximatives : la notion de séduction est bien plus forte et plus dynamique ; elle seule rend compte des forces qui s'exercent, de leur fonction et de leur impact », (*sic.*), p.6. L'auteur utilise expressément cette notion pour parler du lien mère-enfant, mais il nous a paru pertinent, en dehors des sphères de la psychanalyse, de l'utiliser pour rendre compte de la particularité du crime passionnel, en en retenant du coup les aspects pathologiques. Qu'on veuille bien nous pardonner cette application de la notion, à laquelle l'auteur lui-même avait songé, à condition que n'on ne confonde pas identité de processus et identité de nature.

⁹³³ En atteste tout simplement le grand nombre d'articles de presse découverts au cours de cette étude sur le crime passionnel, et dépassant de très loin les quelques articles de doctrine ou commentaires de jurisprudence qui ont pu être trouvés sur ce même thème. Tout semble se passer comme si les auteurs répugnaient un peu à aborder ces thématiques dont se saisissent facilement les mauvais journaux ou les bons écrivains.

⁹³⁴ Robert LENOBLE, « Le rôle du contact affectif dans la connaissance rationnelle », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 101 à 120.

connaissance, plus ou moins complète selon les courants philosophiques⁹³⁶, de cet objet qu'il constitue.

Le crime passionnel tord ce schéma de relation en cherchant bien également à connaître l'autre, mais en opérant une rupture entre cette connaissance et l'obstacle⁹³⁷ que constitue l'identité de l'autre. Tout se passe alors comme si la connaissance était vouée à tourner en rond, prisonnière en quelque sorte, dans l'esprit de celui qui cherche à l'acquérir.

Pour autant, cette connaissance sans objet ne permettra plus non plus à celui qui la poursuit de se connaître lui-même. Ne se regardant pas directement, mais regardant des morceaux de lui-même⁹³⁸ qu'il se représente comme appartenant à un autre qui n'existe plus, le délinquant passionnel ne peut plus ni connaître ni aimer, puisqu'il supprime, au moins momentanément, les conditions d'un rapport entre un soi et un autre. Il ne peut plus ni connaître son identité, ni connaître celle de l'autre.

682. Demeure alors la question de savoir si c'est parce que cette connaissance est devenue impossible qu'il n'est plus non plus possible de concevoir l'amour⁹³⁹, ou bien si c'est au contraire parce qu'il n'y plus d'amour que la connaissance est devenue caduque⁹⁴⁰. En d'autres termes, il s'agirait de savoir si l'amour est premier et la connaissance seconde par rapport à lui. Si tel devait être le cas, alors la responsabilité morale, mais aussi la

⁹³⁵ Max SCHELER, *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Petite bibliothèque Payot, 1913, 496 p.

⁹³⁶ Ici encore il faudrait signaler, en plus des références philosophiques des références en psychologie : sur cette question notamment BION, pour qui une équivalence existe entre le « Je sens que », et le « Je pense que ». L'affect est pour lui un principe de connaissance, qui vaut même dans le calcul algébrique. Cf. Wilfred Ruprecht BION, *Aux sources de l'expérience*, François Robert (trad.), Bibliothèque de psychanalyse, P.U.F, 5^{ème} édition, Paris, 2003, [1979], 137 p.

⁹³⁷ Sur le rôle de l'obstacle dans la formation de l'esprit, et notamment dans l'accès à la connaissance d'une valeur, cf. Louis LAVELLE, *Traité des valeurs, Tome premier : Théorie générale de la valeur, et Tome second : Le système des différentes valeurs*, P.U.F, collection Logos, 1950, 744 p. et 560 p., ainsi que l'article de Jean ECOLE, « L'apparition de la notion de valeur et son cheminement dans ses rapports avec celle d'être dans la philosophie de Louis Lavelle », in *Filosofia Oggi, anno XXIII*, n°91, Luglio Settembre, 2000, p. 285 à 301.

⁹³⁸ C'est en psychologie le mécanisme bien connu de la projection. Cf. FREUD, et notamment aussi André GREEN, *La folie privée*, folio essais, Gallimard, Saint-Amand, 1990, p. 227 à 258.

En philosophie, voir aussi Etienne Bonnot de CONDILLAC, *Œuvres complètes, Tome I-XVI*, Lecointe et Durey, Tourneux, Paris, 1821-1822. Selon Condillac en effet, les sensations qui sont d'abord vécues comme des modifications de l'état mental sont ensuite « projetées » hors du Moi et semblent ainsi indépendantes.

⁹³⁹ Pour une présentation pouvant faire primer la connaissance sur l'amour, voir par exemple, un article de Françoise DASTUR sur « Le rôle de la notion de Stimmung dans la compréhension de l'être de l'homme comme Dasein de Martin Heidegger à Werner Marx », in *Affect et affectivité dans la philosophie moderne et la phénoménologie*, Eliane ESCOUBAS et Laszlo TENGELYI (dir.), Ouverture Philosophique, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 239 à 261.

⁹⁴⁰ Voir surtout Max SCHELER, *La situation de l'homme dans le monde*, Aubier, éditions Montaigne, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], Paris, 1951, 126 p. Scheler situe un homme pratiquement initialement aimant, qui peut par ce fait s'ouvrir au monde et le connaître.

responsabilité juridique, qui reposent certainement sur une forme de la connaissance, seraient bien dépendantes d'un affect autonome, et ici premier, qui les conditionne.

Ainsi entendus, *les rapports entre amour et connaissance expliqueraient l'irresponsabilité relative de l'auteur d'un crime passionnel, non pas parce qu'il aime, mais au contraire justement parce qu'il ne pouvait pas connaître, n'ayant pas d'abord aimé.*

Réconciliant de cette façon les auteurs qui défendaient un aveuglement déresponsabilisant des criminels passionnels⁹⁴¹, qui ont tout de même pour eux un sentiment populaire trop répandu pour qu'il soit simplement négligé d'un revers de la main⁹⁴², et ceux qui postulent que l'amour n'a finalement rien à voir avec ces agissements égoïstes⁹⁴³, cet éclairage permet d'en avoir une nouvelle compréhension. Si l'amour n'est pas engagé dans cette forme de criminalité, un affect perturbé l'est bien, et il nuit à la connaissance d'un autre et de sa situation⁹⁴⁴. Il l'aveugle, et tend alors nécessairement à atténuer sa responsabilité pénale.

683. En outre, la notion d'identité qui se trouve finalement mise en jeu par les rapports de connaissance mutuelle, ou de reconnaissance⁹⁴⁵, biaisés dans le crime passionnel, **est bien celle qui se trouve en ligne de mire de toutes les revendications d'un droit de la famille en proie à des bouleversements** dont la force ne peut pas encore être mesurée. Il ne saurait s'agir d'un hasard, et c'est au contraire bien en cela que le crime passionnel devait se trouver en ligne de mire d'un travail portant sur la responsabilité familiale touchée par l'affect qui en unit les membres. En effet, les liens de type passionnel qui peuvent se nouer dans la famille semblent n'être que l'extrémité d'une échelle de crises identitaires dont les niveaux les plus médiaux sont ceux qui existent déjà dans les règles de la responsabilité civile de la famille.

⁹⁴¹ Par exemple Enrico FERRI, op. cit.

⁹⁴² Non qu'il s'agisse de dire que ce sentiment soit par sa quantité valable, mais il faut tout de même simplement tenir compte de cette donnée de l'image moins péjorative que renvoie le crime passionnel dans l'esprit y compris des membres du jury. Quel que soit son bien fondé, cette idée existe et doit à ce titre au moins être entendue ici.

⁹⁴³ C'était bien le cas de DE GREEFF, op. cit.

⁹⁴⁴ L'affect empêche plus sûrement encore la connaissance de la liberté radicale de cet autre.

⁹⁴⁵ Sur les théories de la reconnaissance cf. *infra*. p. 507 et s. Mais elles doivent être ici peut-être mises à distance de l'analyse menée, dans la mesure où elle implique toujours une réciprocité sous-jacente dont il n'est pas question ici. L'emploi du terme « mutuelle » renvoie bien ici à l'idée d'une connaissance que chacun formerait pour l'autre entièrement et indépendamment de celle qui se formerait en miroir de soi dans l'esprit de cet autre.

684. Tels sont ainsi les troubles qu'introduit l'affect exorbitant qui est à l'œuvre dans le crime passionnel. Si les questions qu'ils posent alors inévitablement à une responsabilité pénale qui voudrait pouvoir avoir une prise sur eux ont été déjà annoncées, elles trouvent à se manifester très directement dans les jugements qui sont rendus en la matière.

Section II. Responsabilité fausse ou suspendue

685. L'application de l'hypothèse selon laquelle le crime intranucléaire (mais peut être en est-il finalement ainsi de tout crime ?) **ne s'accomplit que parce que l'autre n'est plus envisagé comme tel, implique ainsi que le lien personnel soit disqualifié.** En clair, au moment du passage à l'acte, la victime n'est plus le parent, l'enfant ou la femme. Elle n'est plus ni elle-même, ni cet autre en lien avec soi⁹⁴⁶. Ce phénomène est peut être le seul qui puisse expliquer que ce crime soit précisément commis envers ceux que l'on devrait aimer. Non seulement le criminel n'était plus lui-même, mais encore la victime ne pouvait plus être elle-même à ses yeux. Le criminel passionnel est donc bien « aveuglé » comme l'avaient compris les grecs déjà ; il ne voit plus l'autre. Ces crimes sont donc éminemment égoïstes, et à la fois plus monstrueux et moins coupables dans leur amour mêlé de haine⁹⁴⁷.

Cette ambivalence du crime passionnel, une fois démontrée, soulève à l'analyse des difficultés relatives à l'existence même d'une responsabilité juridique y étant rattachable. Plus précisément, la responsabilité du délinquant passionnel se trouve troublée à un premier niveau parce que les moyens de sa liberté paraissent souvent amoindris. En s'approchant encore du cœur du problème soulevé par la responsabilité des criminels passionnels, il s'avère ensuite

⁹⁴⁶ Le crime passionnel semble correspondre très exactement à un trouble du lien tel qu'il a été identifié par Martin BUBER, *Je et Tu, [Ich und Du]*, Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, 1969, [1923], Roubaix, 154 p. Dans la pensée de ce dernier en effet, le « Je » ne peut exister que face à un « Tu ». La relation se fonde entre le « Je » et le « Tu » qui dès lors se forment mutuellement dans un même moment. Ce que l'étude du crime passionnel a révélé en fait, c'est bien que lorsque le délinquant fait disparaître le « Tu », le « Je » s'effondre concomitamment. Le crime passionnel serait donc bien un dérèglement du rapport affectif extrême.

⁹⁴⁷ Un certain nombre de psychanalystes considèrent ainsi que l'amour implique nécessairement une part de haine. Ainsi WINNICOTT dit-il que « la mère hait son petit enfant dès le début (...) », et normalisant ce phénomène, qu'« il faut que la mère puisse tolérer d'haïr son enfant sans rien y faire ». Une violence serait élémentaire dans toute forme d'amour, quoique l'amour passionnel soit d'autant plus violent qu'il est plus fusionnel. Encore et toujours, le drame ne se noue que lorsque l'autre n'est plus différencié.

que la causalité ne peut être la même dans ces cas que partout ailleurs (Sous-section 1). Tout ceci contribue à rendre le jugement de ce crime particulièrement délicat (Sous-section 2).

Sous-section I. LA RESPONSABILITE FAUSSEE ET TROUBLEE PAR L'AFPECT

686. L'affect passionnel brouille les repères sur lesquels se fonde ordinairement la responsabilité. Il procède non seulement en paraissant remettre en cause la possibilité d'une liberté du délinquant passionnel (Paragraphe 1), mais encore en faisant de l'absurdité du crime passionnel sa caractéristique essentielle, et en éloignant par là même ces crimes d'une logique pouvant relever de la responsabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'élément passionnel et la question d'une responsabilité faussée

687. La responsabilité pourrait être faussée, parce que la liberté du criminel passionnel est mise à mal par la présence d'un affect passionnel⁹⁴⁸ exorbitant (I). Cette difficulté néanmoins peut être en fait distancée, si ce n'est levée entièrement, par le maintien de la distinction du crime et du criminel (II).

⁹⁴⁸ Quoiqu'il faille d'emblée signaler que la passion n'est pas assimilée en droit à une contrainte cause de non imputabilité. Voir Crim 11 avril 1908, DP 1908, I, 261, rapp. MERCIER, S. 1909, I, 473, note ROUX.

I. LES PROBLEMES RELATIFS A LA LIBERTE DU DELINQUANT

PASSIONNEL

688. La question que soulèvent, avec plus d'acuité que toute autre forme de criminalité, **les crimes passionnels est finalement celle de la liberté**. Car s'il est évident que toute responsabilité juridique repose sur la présomption de la liberté de l'auteur⁹⁴⁹, il est tout aussi clair que le crime passionnel ouvre un abîme entre le rivage net de la maîtrise de soi et celui, tout aussi net, quoique plus inquiétant, de la folie irresponsable.

Soit le délit est intentionnel, son élément moral est constitué, ce qui signifie au fond que la volonté de l'auteur était conforme au moins à son geste, mais aussi aux conséquences de son geste. En ce cas alors, il n'est plus possible de parler de crime passionnel, au sens du moins où il se trouve actuellement accepté⁹⁵⁰. Soit le délit est au contraire involontaire, ce qui signifie bien que, d'une façon ou d'une autre, il est intervenu malgré la volonté de celui dont la responsabilité sera examinée, parce que son discernement s'est égaré. En évoquant le caractère passionnel d'un crime, c'est bien plutôt cette situation que l'on vise en principe, mais alors l'engagement de la responsabilité devient problématique⁹⁵¹. Au travers de la volonté qui se manifeste, la responsabilité juridique préjuge de la liberté d'action du délinquant. Le caractère passionnel du crime se trouve ainsi être comme au cœur des difficultés que soulevait l'élément affectif déjà. Il est un climax de la question posée à la liberté par le domaine affectif, dont le passionnel est comme une exagération.

689. Le crime passionnel, parce qu'il abolit, outre peut-être le discernement, la nécessaire limite de soi et d'autrui⁹⁵², et celle, à l'intérieur de soi, du voulu et du non-voulu, **ne peut être déclaré ni purement libre, ni purement contraint**. Les cadres ordinaires de la

⁹⁴⁹ Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^{ème} édition, PUF, Paris, 2004, n° 434 et s. ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} édition, Cujas, Paris, 2014, n°509.

⁹⁵⁰ Cf. *supra*. Section précédente.

⁹⁵¹ Sur l'impossible assimilation de la passion et de la contrainte, Brigitte PEREIRA, « Non imputabilité », Répertoire de droit pénal, Yves Mayaud (dir.), n°312 et s.

⁹⁵² Cf. *supra*. Section précédente.

responsabilité ne semblent pas pouvoir aisément le contenir⁹⁵³. Il relèverait d'un autre ordre, en fait, qui demeurerait inaccessible et intraduisible en droit.

Certes, il serait facile, et justifié pour une large part, de dire que tout acte humain, en ce cas, ne se laisse pas réduire à sa matérialité⁹⁵⁴. Le crime passionnel, comme tout autre geste est plus riche et moins simplement causal, mais en droit pour autant, les autres actes peuvent être regardés uniquement sous cet angle de la cause et de l'effet.

Les autres comportements le peuvent en tout cas, pour autant qu'ils n'engagent pas la personne entière. Or, c'est bien parce que le crime passionnel semble concerner la personne dans ce qu'elle a d'irréductible justement à l'individu⁹⁵⁵ que sa compréhension juridique pose problème. Si cet engagement total de la personne existe en principe comme une sphère que le droit ne peut qu'entourer déjà dans le lien conjugal ou filial, il se prolonge jusqu'à se perdre dans le crime passionnel, qui cette fois doit être jugé. La question de la liberté dans le crime passionnel, pour être éclairée, si ce n'est résolue, conduit à s'interroger sur cette intrication, *a priori* plus grande, de la personne et de son crime dans ce cas. Or dans ce mélange, la responsabilité ne peut que se troubler, et susciter un certain malaise.

690. Si la responsabilité du délinquant passionnel paraît fausse, c'est parce que la perturbation de l'élément affectif est telle qu'elle empêche que soit considérée la délibération d'action du délinquant passionnel. S'il n'est pas juste d'opposer affect et liberté⁹⁵⁶, il n'est pas juste non plus d'ignorer qu'il existe bien un point de « rupture », où l'intensité de l'affect envahit pour un moment la personne peut-être entière. La capacité qu'elle peut avoir à surmonter cette invasion préserve le principe de la liberté, qui pourrait apparaître alors comme dynamique, mais l'incapacité momentanée et actuelle à réagir à cette

⁹⁵³ Il existe déjà, et depuis longtemps, à propos de l'irresponsabilité pénale des personnes souffrant de troubles psycho-pathologiques, des critiques relatives à cette répartition trop nette du domaine de l'action criminelle commise avec discernement ou sans discernement. Voir par exemple, Moïse ADDAD et Michel BENEZECH, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon (Législations française, anglaise, israélienne et des U.S.A)*, Libraires techniques, Paris, 1978, 204 p. Cependant, il semblerait que ce problème soit encore plus sensible dans le crime passionnel, dès lors que le délinquant passionnel est en principe justement celui qui ne bascule qu'un instant dans la criminalité.

⁹⁵⁴ Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité, Etude sur la pensée juridique*, P.U.F, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, 1947, 544 p

⁹⁵⁵ L'une des expressions les plus claires qui soient sur cette distinction entre la personne et l'individu peut être recherchée chez Martin BUBER, *Je et Tu, [Ich und Du]*, Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, 1969, [1923], Roubaix, 154 p. « La personne prend conscience d'elle-même comme de ce qui participe à l'Être, de ce qui est avec d'autres êtres, de ce qui est donc la conscience d'être. L'individu prend conscience de soi comme d'un être qui est ainsi et non autrement. La personne dit : Je suis ; l'individu dit : Je suis ainsi », p. 98.

⁹⁵⁶ Cf. *supra*, p. 61.

invasion porte atteinte à une possibilité de choix concrète⁹⁵⁷. Dans ce cas, le poids causal de l'affect sur l'action délinquante est tel, qu'il semble devenir une nécessité.

Le crime est alors perçu comme un effet de la passion, qui se produirait presque comme si l'auteur n'y avait eu qu'un rôle de spectateur. Il se trouverait davantage agi par cet affect, qu'agissant à partir de lui, et il devient alors tout entier cette passion. C'est bien en cela que le crime passionnel est « tragique », au sens où il serait pratiquement inévitable⁹⁵⁸. Le critère du discernement de l'auteur au moment du passage à l'acte pourrait alors être incapable de cerner un crime passionnel pour lequel il n'est pas tant question finalement de savoir ce que l'on fait que de savoir s'il est possible de ne pas le faire. Le délinquant passionnel peut bien savoir qu'en armant son fusil, il prépare la mort de celui ou de celle qu'il croit aimer⁹⁵⁹, ce qu'il ne sait jamais en revanche c'est la contingence de cette action qu'il exécute comme un automatisme immédiat. Le discernement dont il est question alors ne saurait être celui de la lucidité d'une conscience sur ses comportements et sur leurs conséquences⁹⁶⁰, mais il ne peut être à la rigueur que celui qui, à un autre niveau, porterait sur la conscience d'une alternative au crime. Il faudrait que le criminel passionnel lui-même soit en mesure de se regarder comme de l'extérieur, pour percevoir qu'il n'est pas confondu avec le geste qu'il commet.

Dès lors que le crime passionnel est conditionné entièrement par des affects déréglés, il devient une conséquence nécessaire contre laquelle le délinquant ne pouvait rien, et la responsabilité établie ne peut être que fausse. L'irresponsabilité partielle elle-même est alors partiellement fausse, parce que c'est sur la personne du délinquant elle-même que l'on fait peser le poids de la passion dans ce cas. Or, cela peut être discuté.

⁹⁵⁷ Il ne s'agit pas ici de reprendre Kant pour poser une Liberté nouménale d'une part et une nécessité pratique d'autre part. Il s'agit plutôt de dire que peuvent se succéder des et se chevaucher des instants de nécessité dans un temps libre. Le délinquant passionnel est bien libre, mais un instant égaré par sa douleur ou sa peine.

⁹⁵⁸ C'est ainsi cette fatalité qui pourrait être corroborée par les études montrant que les familles dans lesquelles des crimes de ce type adviennent, et notamment ceux commis à l'encontre des enfants, faisaient l'objet d'un suivi des services sociaux dès avant que le drame ne se produise. Cf. notamment Jean-Pierre DURIF-VAREMBONT Magali RAVIT, Jean-Marc ELCHARDUS, « Meurtres d'enfants : perspectives psychiatriques sur une violence spécifique », in RSC, 2013, p. 181. Sont alors souvent dénoncées les lacunes de ces services sociaux dans leur suivi, mais peut-être parfois sans tenir compte du fait que les crimes pourraient être inévitables aussi longtemps que la famille ne se trouve pas entièrement soumise à un contrôle de chaque instant. Cf. à propos de l'affaire « Marina », Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-22.591, D. 2014, p. 2058.

⁹⁵⁹ Cour d'assises de Quimper, 22 mai 2013.

⁹⁶⁰ « Le discernement, cette « faculté de bien apprécier les choses » (E. Littré), cette aptitude à distinguer le juste de l'injuste, le moral de l'immoral, peut faire défaut plus ou moins chez certaines personnes », Jean PRADEL, op. cit., n°510.

II. LE MAINTIEN SALVATEUR DE LA DISTINCTION DU CRIME ET DU CRIMINEL

691. Nul ne peut contester qu'un des fondements d'un droit pénal juste réside dans la nécessaire distinction du criminel et de son crime⁹⁶¹. Or, s'il est admis que le crime passionnel est un crime d'amour⁹⁶², et que l'amour est *personnel*⁹⁶³, alors il faudrait en tirer la conclusion selon laquelle le crime passionnel serait un cas de confusion du criminel et de son crime. C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, ces crimes sont regardés comme ayant, sous un certain regard, une valeur pratiquement autobiographique⁹⁶⁴. L'histoire personnelle serait ainsi constituée par cet événement, qui dépasse certainement les clivages des qualités jusqu'à lors manifestées par l'auteur. Si le délinquant lui-même explique d'ailleurs ainsi ce geste, qui est en cela peut-être incommunicable, l'enjeu véritable de la question de la liberté dans le crime passionnel est bien celui-ci. Cet acte est-il, ou n'est-il pas la marque de la personne, au-delà de ses masques ?

Le criminel passionnel est ainsi toujours près d'être regardé comme un héros littéraire et tragique⁹⁶⁵ dont l'action d'un instant serait démesurée, au point d'être capable de faire voler en éclats les représentations de la personne, pour la montrer elle-même ; dans sa liberté du meilleur, mais aussi, en l'occurrence, du pire. Il a été plus loin, et a jaillit, en dehors des limites que lui imposeraient, non pas une vie en communauté faites d'individus, mais une vie en face d'autrui. Le personnage auquel cet autrui avait accès, que ce dernier soit la victime ou celui qui est devenu le scrutateur de l'événement passionnel, ne serait plus, dans cet instant. Il aurait été chassé, littéralement jeté hors de la personne⁹⁶⁶. Pourtant, la responsabilité en droit ne peut que s'adosser à ces représentations, qui paraissent disparues, sous peine d'avoir à

⁹⁶¹ Jean-Marc TRIGEAUD, *L'homme coupable: critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, Bordeaux, 1999, 245 p.

⁹⁶² Ce qui est justement contesté ici. Cf. *supra*.

⁹⁶³ NEDONCELLE, *La réciprocité des consciences*, Paris, Philosophie de l'esprit, Aubier, éditions Montaigne, 1942, 329 p

⁹⁶⁴ Voir Michel BENEZECH, *La hache et le silence*, op. cit ; mais aussi Louis ALTHUSSER, op. cit, dès lors que son ouvrage se présente justement comme une autobiographie.

⁹⁶⁵ Cf. *La sonate à Kreutzer*, ou *Werther* parmi tant d'autres.

⁹⁶⁶ Sans prêter d'importance démesurée au vocabulaire, c'est bien peut-être ce que signifie l'expression appliquée à celui dont la fureur est devenue anormale : il est hors de lui... Mais est-il alors hors de lui-même et aliéné, ou bien est-ce un autre lui qui a été jeté hors de l'entité qui demeure ? Si c'est un « double » qui est placé par l'extrême sentiment en dehors de cette entité, de ce « lui » que l'on désigne, qui est celui qui reste ? Loin d'être en ce cas aliéné, celui qui est hors de lui pourrait-il alors être plus sérieusement lui-même ?

juger la personne. Dans la mesure où le criminel passionnel lui-même semble s'être investi totalement dans son acte, qui le dépasse, mais qui en même temps le fixe, il faut admettre qu'en effet, la distinction de l'acte et de son auteur paraît au fond plus difficile ici qu'ailleurs.

692. Il est pourtant deux remarques qui, une fois formulées, peuvent résoudre cette difficultés. D'abord, comme cela a pu déjà être relevé et démontré plus haut⁹⁶⁷, le postulat de départ selon lequel le crime passionnel est un crime d'amour est erroné. C'est un amour dévoyé qui conduit au crime. Déjà alors il devient impossible de retenir qu'en vertu de l'amour, l'auteur de l'acte passionnel engage sa personne. L'amour qu'il invoque est tronqué, et lui-même se trompe, en croyant actualiser sa personne dans l'actualisation de son geste criminel.

Ensuite, les limites que ne voient plus le criminel ne sont pas de fait inexistantes. La responsabilité juridique a au contraire les moyens de continuer à distinguer l'auteur d'une part et le geste de l'autre, en faisant bien des éléments relatifs à l'histoire particulière du délinquant passionnel des causes éventuellement de modulation de la peine et non des déterminants du crime lui-même. Le sens autobiographique que donne le criminel à son geste est aussi bien le symptôme de l'égarement qui l'a guidé, et il est possible de le considérer comme faussé. En effet, la valeur du passage à l'acte passionnel peut être détachée de la personne, en considérant que l'auteur se réduit lui-même à son geste, parce qu'il se trompe, et qu'en considérant sa responsabilité alors, le droit peut lui redonner une liberté dont il se privait. Le danger sera ici toutefois d'en tirer un principe de responsabilité absolue. Dire que le délinquant passionnel n'est pas plus qu'un autre tout entier dans son geste, et se fonder sur ce constat pour fonder sa responsabilité n'interdit pas par ailleurs que soient bien recherchées les atténuations de sa responsabilité, liées aux dérèglements affectifs qui se sont manifestés. En somme, la responsabilité et la liberté du criminel passionnel ne peuvent être repoussées en leur principe par l'excès passionnel, mais la responsabilité juridique peut bien être atténuée par ce dernier, comme facteur de l'acte, et non comme symbole de la personne.

693. Le paradoxe selon lequel, il faudrait qu'en tant que crime, le meurtre passionnel soit jugé comme un acte à la fois libre et pris dans un dérèglement de l'élément affectif de nature à atténuer la responsabilité, **peut ainsi être quelque peu résorbé par**

⁹⁶⁷ Cf. *supra*. p. 438.

l'admission de la distinction de deux plans différents : l'un relève effectivement d'un geste qui n'est pas en lui-même catégorisable, et qui semble déranger les limites de la personne et du personnage ; l'autre relève d'une responsabilité de droit qui peut observer extérieurement que le premier plan existe, mais qu'il ne nuit pas à la perception d'un acte illicite pour lequel les conditions de la responsabilité ne sont pas exclues *a priori*. Le crime passionnel est ainsi libre, et non moins libre qu'un autre crime, mais il est bien révélateur d'une erreur du criminel, qui a lui-même méconnu sa liberté en agissant.

694. Reste qu'une fois éclairée la question de la liberté, il existe encore une difficulté propre au jugement de ce type de délinquance, dans la mesure où l'intrusion de l'élément passionnel semble faire de ce crime un crime incompréhensible. La responsabilité devient difficile à concevoir, parce que l'acte lui-même est, ou semble être, inaccessible.

Paragraphe 2. L'élément passionnel et la question d'une responsabilité suspendue

695. La responsabilité qui se dégage serait donc condamnée à être fausse, parce que reposant sur des cadres que le criminel passionnel ne reconnaît plus, **ou bien impossible** parce que son crime ne s'inscrit plus, sinon sous peine de se dissoudre, dans la chaîne des causes et des effets. C'est bien ce qui apparaît lorsque le crime passionnel est regardé à travers son absurdité (I), dont il faudrait savoir si elle n'est qu'apparente ou au contraire essentielle (II).

I. LE PROBLEME DE L'ABERRATION PASSIONNELLE DANS LA CONSTITUTION DE LA RESPONSABILITE

696. Si la responsabilité paraît impossible, c'est parce que la perturbation de l'élément affectif est telle qu'elle dépasse les limites de la compréhension causale logique. L'analyse est alors en vérité parfaitement inverse à celle qui est proposée dans le cas d'une

irresponsabilité de l'auteur d'un crime passionnel liée à un déterminisme total⁹⁶⁸. En effet, il s'agit cette fois-ci de regarder le crime passionnel non plus comme l'effet d'une nécessité à laquelle le délinquant était voué, mais au contraire comme un hasard contre lequel il ne pouvait rien. Tout événement en principe peut être expliqué. Même lorsqu'une personne se trouve atteinte d'un trouble mental, et que son crime semble fou, c'est cette folie justement qui causera le geste. De cette façon le criminel irresponsable est lui aussi acteur d'une trame qui peut être démêlée, et inscrite dans une relation de causalité.

Or, le crime passionnel est peut-être justement et typiquement perçu comme celui que commet une personne se conformant habituellement aux normes, et basculant un instant dans une folie inexplicable. Contrairement donc à la perception du crime passionnel dans laquelle le délinquant agit sous le coup des nécessités que portait sa manière d'être affecté⁹⁶⁹, il est encore possible de voir le crime passionnel comme une aberration, ou comme un hasard, imprévisible et irrésistible⁹⁷⁰.

697. Libéré pour une seconde des causes et des effets, le délinquant passionnel commettrait un geste absurde. Sa responsabilité est alors non plus seulement fautive, mais encore tout bonnement impossible, puisque plus rien ne le relie à son acte, ni à une succession de mouvements qui y aurait conduit⁹⁷¹. Il ne saurait plus être question alors d'un destin, qui pourrait être défini comme tragique, mais au contraire d'un accident total. Cette interprétation du crime passionnel a le mérite de répondre à une réelle difficulté que pose ce crime lorsqu'il est un égarement total, semblant imprévisible même pour celui qui en est l'auteur. Au sens objectif que prenait l'*hybris* dans le vocabulaire grec, s'exprimait bien cette idée d'extériorité totale de l'événement passionnel, mais d'une extériorité si radicale qu'elle surviendrait sans cause.

⁹⁶⁸ Lorsque le criminel passionnel est déclaré irresponsable, ce qui est exceptionnel en fait, c'est parce qu'on découvre des troubles de ses facultés mentales ayant altéré complètement son discernement, et il apparaît alors comme « malade ». Son irresponsabilité peut être aussi en fait tirée de cas de légitimes défenses, dans le cas d'une femme battue qui tue son époux sachant que ce motif d'exclusion de la responsabilité ne pourra être retenu en pratique dès que la « défense » est organisée. Quoique ces situations soient donc très exceptionnelles en fait, en abordant le crime passionnel, le sens commun songe toujours à ces déterminismes lourds qui auraient forgés l'action criminelle.

⁹⁶⁹ Cf. *supra*, paragraphe précédent.

⁹⁷⁰ Comme un événement de force majeure, exonérant alors l'auteur de sa responsabilité.

⁹⁷¹ Cela n'est pas sans rappeler les paradoxes qu'avait dénoncé HUME, dans son *Traité de la nature humaine, Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Tome II, Traduction et préface d'André Leroy, Paris, Aubier-Montaigne, 1973, [1739], 766 p. Bien que la perspective dans laquelle cette étude se situe ne soit pas conforme à la pensée de Hume, il est vrai que l'analyse qu'il fait de la liberté comme hasard peut éclairer ces différents regards qui sont portés sur le crime passionnel.

Le crime passionnel serait sous cet angle une aberration de l'amour, un moment suspendu, dont la connaissance n'était de toute façon pas possible. Le fait que ceux qui en sont les auteurs témoignent souvent d'une amnésie limitée au moment du passage à l'acte est en ceci révélateur⁹⁷². Il est impossible en effet de réduire ce phénomène soit à une volonté d'échapper à une responsabilité totale, soit à un trouble d'origine neuronale qui serait extrêmement passager, et souvent inexplicable chez ces auteurs qui ne présentent généralement par ailleurs pas de pathologies d'ordre psychiatrique⁹⁷³. L'absence de souvenirs liés au moment du crime passionnel pourrait être plutôt significatrice d'un moment qui est peut-être non seulement moins « conscient », mais aussi et surtout impossible à inscrire dans une temporalité d'événements se succédant. Rien ne succède ni ne précède en fait le crime passionnel, qui se produit comme une anomalie, que rien n'explique et qui se présente comme une fin indépassable. Ainsi en est-il lorsque la Médée de Pasolini lance à Jason, après avoir tué ses enfants et incendié sa maison : « Plus rien n'est possible désormais ! ». Dans cette formule qui paraît bien parfaitement empreinte d'une vérité du crime passionnel se trouve pratiquement résumé cette idée d'une forme d'autonomie temporelle complète de ce moment⁹⁷⁴.

698. De ce constat de l'impossible situation du geste criminel passionnel dans le temps ou dans une causalité, découle celui d'une forme d'impossibilité de la responsabilité de son auteur. Le délinquant passionnel qui agit ainsi sans qu'aucune rationalité ne puisse expliquer son geste, ni sans qu'aucun de ses effets ne soient ni perçus en principe par lui, ni accessibles à ceux qui en seront les spectateurs, ne saurait être pleinement responsable d'un acte qui ne semble ni imputable, ni rattachable causalement. Si le crime passionnel est absurde, et si cette hypothèse est admise jusqu'au bout, alors la responsabilité est impossible. Cela explique peut-être au moins en partie le malaise que semble susciter ce type de criminalité dans la doctrine juridique, qui à vrai dire, reste plus que discrète sur ces

⁹⁷² Louis ALTHUSSER, *L'avenir dure longtemps*, suivi de *Les faits*, autobiographies, Stock, 2007, [1992], Paris, 575 p.

⁹⁷³ Pour des données chiffrées sur l'absence de pathologies neurologiques ou psychiatriques chez les auteurs d'infanticides, voir Jean-Pierre DURIF-VAREMBONT Magali RAVIT, Jean-Marc ELCHARDUS, « Meurtres d'enfants : perspectives psychiatriques sur une violence spécifique », in RSC, 2013, p. 181.

⁹⁷⁴ Ainsi en va-t-il également des tragédies qui ont pour héros des personnages passionnels. Si l'achèvement de ces pièces est bien sûr marqué par la mort, il l'est en fait sans doute davantage par l'idée que le héros est allé au bout. Au bout de lui-même peut-être, mais au bout surtout en ce qu'il ne peut plus rien ensuite. Tel par exemple *Othello*.

sujets, abandonnés plutôt à une presse plus ou moins scandaleuse⁹⁷⁵. Car ces criminels sont jugés pourtant, et si leur responsabilité est atténuée, elle est bien généralement retenue. Cela s'explique par le dédoublement qu'opère le droit, qui n'observe en fait pas cette causalité là quand il cherche à engager la responsabilité. Il suffit que le geste criminel entraîne la mort pour que la causalité dont le droit a besoin soit engagée, et il suffit que le délinquant passionnel ne soit pas contraint ou privé de son discernement pour que l'imputabilité soit démontrée. Ainsi deux plans se distinguent : celui d'une actualité du crime passionnel qui est humainement en dehors des liens de la causalité et celui d'une perception juridique de ce crime, plus superficielle mais « catégorisante » et qualifiante, qui rattache objectivement le crime à ses effets et à ses causes. Ce n'est qu'à la condition de percevoir ce dédoublement que la responsabilité peut être engagée, sans pour autant nier les spécificités du crime passionnel.

699. La nécessité de ce dédoublement est en outre encore un moyen par lequel le crime passionnel peut apparaître comme finalement révélateur de difficultés qui sont toujours posées, dès lors que la responsabilité est interrogée par l'élément affectif. Lorsque cet affect est en jeu, il a déjà été relevé d'ailleurs qu'il existe un mouvement de recul du droit pénal en droit familial, laissant sa place au civil⁹⁷⁶. Dès lors que ce mouvement apparaît, sous l'angle de la responsabilité en général, être plutôt un déplacement, il n'y a pas de disparition des enjeux de la responsabilité dans le cadre familial et lorsque les relations examinées sont affectives. Il y a en revanche certainement un mouvement, qui traduit une imperfection des solutions actuelles face aux problèmes qui sont ici posés. La réduction de l'affect à un élément que le droit pourrait saisir entièrement paraît tout à fait illusoire. En revanche, par le biais de la responsabilité, pénale en l'occurrence, il est possible d'en cerner un aspect.

700. Avant d'approfondir ce point du jugement du crime passionnel, qui est donc comme une exagération des problématiques posées par l'affect, il reste que dans cette

⁹⁷⁵ Sur une trentaine d'affaires de crimes passionnels datant des cinq dernières années, seule une a fait l'objet d'une étude dans une revue juridique, (à propos de l'affaire marina, civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-22.591) et encore d'une façon tout à fait rapide et connexe à la problématique du crime passionnel, et il faut bien avouer que depuis DE GRÉEFF, les études sur le sujet ne semblent plus guère du goût des auteurs.

⁹⁷⁶ Valérie MALABAT, « L'incrimination d'abus de faiblesse ou de la pénalisation des dissensions familiales », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Lorrain, 2012, p. 351 à 360. « Il est devenu banal d'affirmer que le rôle du droit pénal est en déclin en droit de la famille après que de grands auteurs ont pu affirmer que la famille était le « parent pauvre du droit pénal ». Ces affirmations se traduisent, pour la première, par le recul des conséquences attribuées en droit de la famille à la commission d'une infraction pénale et, pour la seconde, par la diminution des infractions spécifiques au milieu familial », p. 351.

admission de l'absurdité que représente le crime passionnel pour qui le vit ou le regarde, il est possible pourtant de découvrir un sens. L'aberration elle-même recouvre un sens.

II. LE SENS DE LA VIOLENCE PASSIONNELLE EN QUESTION

701. Il a été démontré que le crime passionnel soulevait des difficultés particulières quant à l'engagement d'une responsabilité qui lui serait consécutive, et qui sont propres à sa nature, perçue comme relevant soit de la détermination totale, soit de l'absurdité totale⁹⁷⁷. Il est bien vrai qu'en aucun de ces deux cas il ne serait logiquement parfaitement satisfaisant de poser une responsabilité pleine et entière de l'auteur de ce crime. D'un déterminisme complet, et de l'idée donc d'une série de causes physiques et pratiquement biologiques ou sociologiques, ressort l'idée d'une impuissance du délinquant passionnel qui alors n'était plus libre d'agir ainsi qu'il l'a fait. Cette première option a néanmoins montré sa limite, puisqu'elle réduit à la fois l'auteur à un mécanisme⁹⁷⁸, et le crime passionnel à toutes les formes de criminalités, pour lesquelles il est impossible de nier en effet que des éléments extérieurs à l'auteur pèsent, plus ou moins lourdement, sur son histoire personnelle⁹⁷⁹.

D'une absurdité du crime passionnel, et de l'idée d'une difficulté essentielle et existentielle de lier le crime passionnel à des causes et à des effets faisant sens pour l'auteur comme pour les spectateurs ou victimes, ressort non plus une impuissance du délinquant passionnel, mais une incapacité de la responsabilité à le rattacher à son crime. Cette interprétation, jugée plus proche de l'actualité du crime passionnel, ne peut pas être interrompue là. Non seulement, le fait est que les délinquants passionnels sont en fait jugés le plus souvent responsables, au moins en partie, de leurs actes, mais aussi, et c'est là le point

⁹⁷⁷ Cf. *supra*. p. 405 et s.

⁹⁷⁸ Si tout s'explique dans ce geste, alors il n'y a plus de mystère en l'homme, et il faut rejeter les analyses de Gabriel Marcel, *op. cit.* Et si, *a fortiori*, tout s'explique par des phénomènes neurologiques, ou sociétaux, alors non seulement il n'y a plus de mystère, mais encore l'homme est un automate, et les théories évolutionnistes doivent être validées. Pour une présentation de ces thèses, telles qu'elles sont actuellement défendues, cf. Neil LEVY (dir.), *Evolutionary Ethics*, Neil LEVY, The international Library of Essays on Evolutionary Thought, Ashgate, London, 2010, 341 p

⁹⁷⁹ Ces points sont suffisamment relevés par les ouvrages de criminologie. Martin KILLEAS, Marcelo F. AEBI, André KUHN, *Précis de criminologie*, Précis de droit Stämpfli, 3^{ème} éd., Berne, 2012, 633 p.

qui doit être ici éclairci, de cette absurdité du crime passionnel, un sens semble être pourtant reçu.

702. Il existe un paradoxe de la délinquance passionnelle⁹⁸⁰, qui veut que dans son absurdité même, un sens puisse être reconstruit, mais toujours *a posteriori*. Lorsque l'affect s'interpose, ou semble s'interposer, entre le crime et l'enchaînement logique des causes et des effets, il devient lui-même une cause, qui serait d'ailleurs absolue, dans la mesure où elle se suffit à elle-même et où il serait apparemment admis qu'elle soit incommunicable. L'auteur a agit sans raison, mais somme toute pour un obscur élément affectif qui remplace ces raisons, et qui n'aurait pas besoin d'être compris pour justifier l'action. Cela semble être une particularité de l'affection, que d'avoir ce pouvoir de faire sens, même dans son absence de sens. Il est même possible d'aller plus loin, en remarquant qu'ordinairement, le crime passionnel, aussi incompréhensible soit-il, semble renvoyer en chacun à une action qui pourrait être potentiellement la sienne.

En clair, la violence passionnelle est à la fois irréductible à une explication au moins logique de sa production⁹⁸¹, et pourtant au fond comme accessible à tous, parce que liée à un affect que chacun sait pouvoir se dérégler un instant. Ainsi, le crime passionnel peut-il être absurde lorsque sont observées ses potentielles causes logiques extérieures, puisque ces dernières peuvent contribuer à l'éclairer mais jamais en proposer une cause complète, mais reconquérir un sens s'il est observé comme un événement unique, dans une situation humaine concrète et donc singulière.

703. Ce « sens mystérieux »⁹⁸² du crime passionnel ne peut cependant être reçu qu'*a posteriori*. Ce point paraît d'une importance tout à fait capitale pour l'analyse, puisqu'il est celui autour duquel semblent s'articuler ces deux faces du crime passionnel. Il est par définition incompréhensible et imprévisible pour l'auteur comme pour les éventuels observateurs, tant qu'il n'est pas actuel. Et même au moment du passage à l'acte, le

⁹⁸⁰ Mais qui se trouve en vérité déjà en germe dans tout événement affectif dès lors qu'il est porté au regard d'un tiers, que ce dernier soit un juge ou un simple spectateur.

⁹⁸¹ Pour la discussion sur ce point, cf. *supra*. p. 405.

⁹⁸² Cette expression qui ressemble à un oxymore vise bien à tenter de traduire cet aspect du crime passionnel. Il y a un sens, dont chacun a l'intuition, même sans pouvoir le formuler, en même temps que le caractère incommunicable de ce geste sera immédiatement perçu. Le crime passionnel choque et émeut, mais semble pouvoir être en effet le fait de personnes ordinairement raisonnables. Ce fût bien ce qui émut d'ailleurs à l'époque dans l'affaire Althusser, pour laquelle certains s'étonnèrent de ce qu'un philosophe ait pu ainsi « sombrer » dans un tel égarement...

délinquant lui-même en occulte le langage et le perd en sa mémoire. Mais une fois l'acte terrible accompli, un sens peut être découvert, et qui est celui d'une forme d'aveuglement qui semble pouvoir frapper chacun. Au moment donc où il faut juger le crime passionnel, le sens est ajouté, là où d'abord il semblait ne pouvoir y avoir qu'un vide. Ce sens est précisément celui d'une force affective, dérégulée en ce cas. La responsabilité juridique est ainsi, même sans le savoir, dépendante de ce sens redécouvert après que les événements aient eu lieu. L'élément affectif est ici un élément qui apparaît dans une certaine autonomie par rapport à elle.

704. L'impossibilité de la responsabilité du délinquant passionnel qui se révèle lorsque le geste est analysé en sa forme abstraite peut ainsi être contournée par le regard que portera sur elle le juge *a posteriori*. Ce regard, en effet, aura pu redécouvrir un sens dans l'après coup, et qui est celui d'une situation concrète et porteuse d'une universalité accessible à tous.

Pour autant, le jugement du crime passionnel paraît devoir susciter un certain malaise, dans la mesure où toutes les ambivalences dont il est porteur et qui viennent d'être exposées, se trouvent projetées également sur le tiers impartial qu'est le juge.

Sous-section II. LE DIFFICILE JUGEMENT DU CRIME « MONSTRUEUX », ENTRE INCOMMUNICABILITE ET FASCINATION

705. Bien que ne portant pas directement sur un affect intrafamilial, **les rapports particuliers qu'entretiennent les questions du crime passionnel et de son jugement paraissent devoir être étudiés**. En effet, il semble que d'une part les difficultés liées à la détermination d'un degré de responsabilité du délinquant passionnel puissent être dépassées, dans la mesure où d'ailleurs historiquement, leur appréhension a permis même certains progrès de la motivation judiciaire (Paragraphe 1). Mais d'autre part, ces difficultés sont révélatrices d'un dernier aspect du crime passionnel qui n'apparaît pas dans l'observation de la relation du criminel à la victime, et qui est celui de l'anti-héroïsme ou de la « monstruosité » de ce crime. Cet aspect est au fond celui qui appelle l'engagement d'une responsabilité, malgré les obstacles que semblaient lui opposer, en sa nature, le geste passionnel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'élément passionnel troublant le jugement de responsabilité mais historiquement source de progrès

706. Lorsque l'élément passionnel intervient entre deux personnes, **celui qui tient le rôle du spectateur impartial**⁹⁸³ et qui doit juger de la responsabilité de l'auteur **se trouve en présence d'une situation qui est à la fois radicalement singulière et à la fois dont les éléments de preuves seront**, sinon difficilement accessibles, du moins **susceptibles de discussions**. Cette double difficulté que présente le jugement du crime passionnel est

⁹⁸³ Selon l'expression d'Adam SMITH. S'il a été plus haut question de l'impossible impartialité justement de celui qui est le spectateur de la violence familiale et qui appartient lui-même à cette famille en souffrance, il serait en fait également possible de questionner cette impartialité du juge. Les études sociologiques manquent peut-être pour l'heure, mais il ne serait pas totalement absurde de s'interroger sur ce à quoi peut renvoyer un tel crime dans le vécu même du magistrat. Ce point ne pouvant être éclairé, faute de ressources et d'études sur cette question, sans doute trop spécifique, il faut admettre pour l'heure le postulat d'une impartialité de principe du juge. Il est nécessaire sans doute de noter avec SMITH que cette impartialité se fonde sur un sentiment de sympathie ou d'antipathie. Cf. *Théorie des sentiments moraux*, PUF, Quadriges, février 2007, [1759], Lonrai, 454 p.

directement liée à l'affect qui unissait le criminel et la victime, et pourrait bien renvoyer à un affect du juge. La singularité complète de la situation s'oppose en effet à une application mécanique des règles de droit, tandis que les difficultés de la preuve, qui peuvent être notamment liées au secret familial, peuvent rendre plus délicate et plus sensible à l'intime conviction la détermination d'un degré de responsabilité.

Historiquement, les crimes passionnel ont été parmi les premiers à soulever si gravement ces questions, et à confronter en fait les juges à l'insuffisance de leurs motivations en la matière.

707. L'engouement véritable qu'avait suscité chez les criminalistes catalans⁹⁸⁴ des XVIème et XVIIème siècles le crime passionnel s'explique ainsi notamment par les progrès que ce type de criminalité avait fait faire à la recherche de la vérité dans le procès⁹⁸⁵.

En effet, dès lors que le secret des familles, tenace en ces époques⁹⁸⁶, mais encore actuel, pouvait nuire à la détermination de la culpabilité de celui qui avait porté atteinte à la vie de l'un de ses proches, les juges ont été amenés à pousser plus loin leurs enquêtes. La motivation des décisions rendues en la matière était ainsi bien plus poussée qu'elle ne l'était ordinairement⁹⁸⁷, et les modes de preuves admis ont été élargis⁹⁸⁸. En somme, les crimes passionnels constituaient de véritables modèles de casuistique, et c'est ce qui avait attiré l'attention des auteurs de l'époque⁹⁸⁹.

⁹⁸⁴ Miguel de CORTIADA, *Decisiones reverendi cancellarii et sacri regii Senatus Cathaloniae*, Barcelone, 1665, et notamment les décisions 14 ; 17 ; 41, n°2 ; 50, n°27 ; 93, n°35 ; 95, n°33 ; 96, n°11, consulté en ligne sur <https://books.google.fr>. Ces décisions sont également citées par Bernard DURAND, cf. note suivante.

⁹⁸⁵ Bernard DURAND, « Crimes de famille, recherche de la *qualitas* et droits de la défense. Modernité du droit criminel Catalan (XVIème – XVIIème siècles) », in *Histoires de famille, A la convergence du droit pénal et des liens de parenté*, textes réunis par Leah OTIS-COUR, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n°33, Presses Universitaires de Limoges, Actes du colloque international des 19-21 juin 2008, Juillet 2012, p. 79 à 94.

⁹⁸⁶ Bernard DURAND, op. cit. « La hantise du scandale, la complicité qui peut régner entre les époux ou les autres membres ou au contraire, les déchirements qui se produisent rendent difficile au droit de traiter la criminalité qui se commet au sein de la famille, ou celle que le groupe développe autour de lui », p. 81.

⁹⁸⁷ Bernard DURAND, op. cit, p. 86 et s.

⁹⁸⁸ *Ibid.* « On retrouve ici, d'ailleurs, toutes les conséquences inhérentes aux crimes « exceptés ». Non seulement les indices peuvent s'additionner, mais encore, il n'est pas nécessaire que les témoins soient « habiles » et qu'ils soient au nombre de deux pour chaque indice (...) ».

⁹⁸⁹ *Idem.* « Le résultat de ces approches, c'est que dans les crimes entre époux, la recherche de la « *qualitas* » va imposer aux juges la recherche de critères objectifs, recherche qui aboutira pour le juge à justifier sa décision en démontrant, qu'outre les indices réunis, il a envisagé *pro* et *contra* toutes les circonstances ». p. 88. L'auteur parle bien de critères objectifs et non d'un plus grande subjectivité des juges, contrairement à ce qui est en cause aujourd'hui.

Il est notable, et certainement significatif que cette nécessité de la casuistique soit aujourd'hui précisément ce qui semble fonder le peu d'intérêt que ces crimes passionnels suscitent en dehors d'études psychologiques. De là, l'affect du juge regardant le crime passionnel serait à la limite plus aisément questionné, en tant qu'il est admis qu'il peut intervenir dans la décision prise de condamner plus ou moins lourdement le délinquant. Plutôt que de s'interroger sur une difficulté de jugement qui pourrait bien être inhérente aux formes que prend la criminalité lorsqu'elle est passionnelle, le problème est déplacé sur la subjectivité du juge. De cette manière, le crime passionnel devient finalement un impossible objet d'étude en droit, puisque ce qui était pour les siècles passés un modèle de casuistique est devenu un exemple d'errance juridique. L'étude du crime passionnel ne peut plus être faite en dehors des examens statistiques des manuels de criminologie⁹⁹⁰, parce que les peines qui sont prononcées le seraient uniquement en fonction d'un affect du juge, et des membres du jury plus encore.

708. Ce renversement de perspective semble pourtant s'être opéré sans que soit intervenu de profonds bouleversements quant à la forme du crime passionnel. L'importance qu'y joue le secret familial est, si ce n'est la même qu'aux XVIème et XVIIème siècles, du moins comparable. La recherche de la vérité des mobiles reste délicate en ces situations humaines spécifiques. Le lien entre la folie du délinquant passionnel et son irresponsabilité demeure l'une des clés de voûte de la compréhension de ce crime.

Si rien ne s'est transformé radicalement dans la structure du crime passionnel, il faut bien cependant qu'un élément explique le renversement complet de perspective qui s'est opéré. En passant d'un crime passionnel apte à susciter une décision de justice considérée comme archétypique à un crime passionnel hors du champ de l'analyse systématique et soumis aux aléas des sentiments personnels de celui qui juge, il est clair que c'est le rapport de l'étude juridique aux crimes dits passionnels qui a changé.

Tout se passe comme si les affects mis en jeu dans les mobiles du criminel renvoyaient à des affects pratiquement tout aussi irraisonnés de celui qui regarde et juge ce crime. La « folie » du criminel passionnel serait ainsi condamnée à se communiquer autour d'elle

⁹⁹⁰ Marc LE BLANC, Maurice CUSSON, *Traité de criminologie empirique*, Les presses de l'université de Montréal, 4^{ème} édition, Montréal, 2010, p. 96 à 99.

709. Ce phénomène d'une forme de « contamination » de la folie passionnelle ne doit pas être exagéré, au regard des décisions rendues en la matière, et qui paraissent souvent correspondre, notamment dans le prononcé des peines, à ce qui est adopté dans des cas d'homicides même non marqués d'affect. Le fait qu'il soit possible néanmoins peut être en lui-même significatif des méfiances que soulèvent ces affaires.

Le crime passionnel, même s'il n'est pas un véritable « crime d'amour »⁹⁹¹, demeure un fait criminel dont la valeur peut être frappée d'ambivalence. Entre fascination pour ces meurtres, très visible dans le traitement que fait la presse de ces procès, et monstruosité terrible des auteurs, la clémence des juges se trouve être à la fois toujours attendue à leur égard, mais suspecte.

Paragraphe 2. La question de la monstruosité du crime passionnel devant l'exigence de responsabilité

710. Les problématiques que soulèvent les crimes passionnels quant à leur jugement ne se retrouvent pas seulement dans la motivation qu'il conviendra de donner à l'engagement de la responsabilité juridique de leurs auteurs. Elles **résident tout aussi bien dans ce à quoi ce crime renvoie** de capacité à faire le mal qu'exerce, dans le meurtre passionnel, celui qui ne pouvait vouloir que le bien puisqu'il aimait. D'où la question de la monstruosité de crime, dès lors qu'un élément passionnel s'y coule.

711. La difficulté particulière de l'analyse des crimes passionnels apparaît avec une grande clarté parce que, **dans un système où il a été admis que l'amour pouvait être un devoir, il faut aussi admettre que l'amour est toujours bon**, vertueux, et qu'il ne peut dépendre d'une quantité, ni même d'une qualité, de son objet. Il serait donc aisé, de là, de dire que l'amour du criminel passionnel était au fond pardonnable, car c'est au nom d'un bien qui est toujours bien, essentiellement bien, qu'il a agi.

Ce criminel là devrait donc être jugé avec clémence, et ce non seulement parce que l'on considère son crime comme un accident, qui en dehors de la situation précise dans

⁹⁹¹ Cf. *supra*. p. 438.

laquelle il a été pris ne peut plus se reproduire, mais encore parce qu'il a agi au fond au nom d'un sentiment, d'une affection qui serait à la fois irrésistible et presque parfois teintée de ce qui peut être pris à tort pour une forme de noblesse. C'est bien ce que l'on pourrait comprendre d'une lecture peut-être rapide des mots de Jankélévitch, lorsqu'il pose que l'amour est « vertueux inconditionnellement »⁹⁹².

712. Il apparaît que **c'est précisément de cette réunion en un même événement** qu'est le crime passionnel, **de l'idée de l'amour** qui au fond ne peut pas qu'être bon **et de la violence** d'un acte **qui** en même temps **ne peut pas s'extraire de son égoïsme fondamental** puisqu'il s'agira de s'être défendu soi contre l'autre, de s'être donc préféré à l'autre, **que naît la « monstruosité » du crime passionnel**. Tous les crimes de sang ont, dans une certaine mesure, cette caractéristique d'être des supports du sensationnel, pour lesquels un premier mouvement rejette le coupable au ban du groupe. Mais le crime passionnel, comme le crime contre l'humanité d'ailleurs, quoique dans une toute autre mesure, semble encore une fois plus profondément marqué par cette caractéristique. Pratiquement, bien qu'un tel raisonnement relève de la pure hypothèse de travail⁹⁹³, le crime passionnel peut apparaître comme l'autre pôle d'un axe qui irait jusqu'au crime contre l'humanité.

Chacun de ces crimes questionne l'humanité de son auteur, et partant, celle de sa victime, en plus de celle du groupe au sein duquel il est jugé.

Dans le cas du crime contre l'humanité, des études ont bien montré comment l'inhumanité du criminel ne pouvait être telle que parce qu'elle relevait d'abord de moyens éminemment humains⁹⁹⁴. À la façon du surhomme nietzschéen, l'inhumain est surtout « humain, trop humain ». En introduction, il avait déjà été amorcé cette idée que le criminel

⁹⁹² Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus II, Les vertus et l'amour*, Tome 1, Flammarion, Champs Essais, Paris, 1986 : « Il n'y a que l'amour qui soit vertueux inconditionnellement et catégoriquement, c'est-à-dire dans tous les cas, et rende ainsi toute casuistique superflue ; l'amour n'est jamais *selon*, l'amour exclut tout *quatenus* (...) », p.12.

⁹⁹³ Evidemment nul tribunal n'est chargé de juger des crimes passionnels exclusivement, tandis que c'est une nécessité des crimes contre l'humanité que d'être jugés par des cours *supranationales* (CPI ; TPIY ; TPIR), en raison des confiscations ou des détournements du droit interne qu'impliquent ce type particulier de crime. Néanmoins, il nous semble qu'abstraction faite de ce point, qui est majeur, la comparaison opérée ici entre crimes passionnels et crimes contre l'humanité peut avoir une valeur démonstrative.

⁹⁹⁴ Catherine SEVELY, « Réflexions sur l'inhumain et le droit, Le droit en quête d'humanité », *in Revue de Science Criminelle*, 2005, p. 483, consulté en ligne sur <http://dalloz.fr>. Selon l'auteur, « L'inhumain peut se définir comme l'occultation à la fois raisonnée et rationalisée de l'humanité, permise par la relation de pouvoir et de domination qui existe entre l'auteur et sa victime » (p.9). Si l'on s'en tient à cette définition, l'application au cas du criminel passionnel est possible. À propos de la responsabilité de l'auteur d'un tel crime frappé d'inhumanité, l'auteur ajoute encore que : « l'inhumain, parce qu'il ne relève pas d'une nature inhumaine, est imputable. C'est même parce qu'il est imputable, donc *humain*, qu'il est fondamentalement *inhumain*, autrement dit qu'il peut exister comme tel et être appréhendé par le droit » (p.7). Sur ce thème on peut également citer Jacques RICOT, *Etude sur l'humain et l'inhumain*, P.U.F, Mayenne, 1997, 133 p. Voir aussi, Jean-Marc TRIGEAUD, *L'homme coupable*, op. cit.

passionnel avait quelques traits d'une espèce d'antihéros⁹⁹⁵, en ce sens qu'il sacrifiait sa victime pour lui, au lieu de se sacrifier pour elle, comme le ferait le héros archétypique. Ce faisant, il adopte aussi un comportement « monstrueux », c'est-à-dire un comportement qui ne peut qu'être celui d'un homme qui a occulté en lui, et en sa victime à ses yeux, une certaine valeur.

En revanche, tandis que le crime contre l'humanité se caractérise par une rationalisation froide, le crime passionnel est *a priori* celui dont la rationalité peut ne pas être absente, mais où elle apparaît comme entièrement soumise à un affect dévorant. Cette opposition est susceptible toutefois de nuances, puisque le crime contre l'humanité, s'il relève d'une immense froideur, est instigué par une folie « passionnelle » de ceux qui l'organise, où la haine de ceux que l'on rejette du côté des choses, n'a sans doute rien de moins intense que l'amour que le criminel passionnel porte à celui qui est si bien sa moitié qu'il se trouve rejeté du côté des morceaux de soi.

713. Quant au jugement, ce caractère exorbitant du crime passionnel le rend ambivalent, parce qu'il est compliqué par la question de l'imputation, et parce qu'il est nécessairement chargé d'une dimension éthique, qui contraint à regarder en lui la culpabilité et non un simple lien de cause à effet entre les faits et le préjudice qui en découle.

D'abord, si le crime passionnel est frappé d'inhumanité, ou, ce qui dans ce cas revient pratiquement à la même chose, de folie, son imputabilité est compliquée. C'est bien un homme qui l'aura commis, mais son geste sera toujours coloré d'inexplicable, ou d'incommunicable, qui tend à remettre en cause les possibilités de l'imputation⁹⁹⁶.

Ensuite, quoiqu'il soit en responsabilité civile devenu possible de se passer d'une recherche de la culpabilité, et qu'en responsabilité pénale il existe un série de crimes pour lesquels l'élément intentionnel peut être présumé, le crime passionnel oblige celui qui le juge à comprendre l'ambivalence fondamentale de cet élément intentionnel, et à s'interroger sur la vérité, ou sur une forme de vérité, de la culpabilité du criminel⁹⁹⁷. Puisque l'autre, enfant ou

⁹⁹⁵ Cf. *supra*. introduction.

⁹⁹⁶ Catherine SEVELY, op. cit. « [L'inhumain] ne saurait être totalement étranger au sujet de droit car sans cela il n'y aurait pas d'imputation possible. Mais il y a en lui quelque chose d'étranger, d'anormal, qui rend l'imputation *nécessaire*. Or, pour qu'il puisse être saisi par le droit, il doit exister un certain rapport, quelque chose de commensurable à la loi », p. 4 et 5.

⁹⁹⁷ Le rôle du droit, et du juge, se trouve en ce cas à la fois compliqué, mais paradoxalement plus sensiblement qu'ailleurs conforme à ce qu'il doit à l'idée du juste. Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « Le droit dans la perspective d'une connaissance métaphysique », in *Droits*, n°6, La représentation, 1987, p. 117 à 129. « L'essentiel est de montrer que la connaissance ne marque pas alors une simple continuation de l'activité conceptualisatrice du droit. Ce sont d'autres mécanismes intellectuels qu'elle met en œuvre. Et il faut même

épouse, aura été assassiné sous l'effet d'un déni de sa liberté, de son autonomie ou plus généralement de sa capacité à être une personne à part entière, le droit ne peut se dessaisir du rôle qu'il a ici de réhabiliter les personnes du criminel et de la victime.

714. Alors que **des études semblent montrer que les juges**, même lorsqu'ils acceptent de considérer que le criminel passionnel a subi une altération de ses facultés de jugement, **ne prononcent pas ici des peines qui puissent être sensiblement diminuées**⁹⁹⁸, le crime passionnel paraît conduire inmanquablement à considérer que le juge se trouve lui aussi affecté. Les jurés sont supposés⁹⁹⁹ ne pas pouvoir non plus juger objectivement ce crime spécifique qu'est le crime passionnel. L'horreur qu'il peut susciter, notamment lorsqu'il s'exerce dans la famille, et alors même qu'il y est ici finalement plus purement « passionnel » que lorsqu'il vise un tiers¹⁰⁰⁰, nuit ainsi au jugement. Il est tout à fait paradoxal, que d'une part le crime passionnel soit *a priori* considéré comme devant appeler à une certaine clémence, compte tenu de l'aveuglement dont aura été victime l'auteur des faits, et que d'autre part il soit en même temps perçu comme particulièrement horrible et monstrueux.

715. Enfin, **la question du rapport qu'entretien le droit par rapport à ces crimes passionnels doit être posée** pour en finir avec ce thème qui est en réalité le point culminant d'une même chaîne montagneuse de l'affect dans la responsabilité juridique. En effet, si le crime passionnel s'avère d'un jugement difficile, il faut insister aussi sur le fait qu'il est

admettre qu'elle ne recourt pas seulement à la raison. En réalité, elle cesse de coïncider avec l'intelligence déductive et scientifique et s'entend d'une intellection noétique où l'acte de compréhension de la justice, dans sa vérité et sa valeur, se caractérise à la fois par l'intentionnalité et 'immédiateté de son mouvement ; (...). Mais ce que manifeste surtout une telle connaissance, c'est l'élan de l'intuition qui incorpore en elle autant d'éléments affectifs et sensibles que rationnels, en dépit des efforts du rationalisme pour en relativiser les expressions typiques, chez Pascal ou Bergson... », p. 126.

⁹⁹⁸ Par exemple l'étude menée au près de la cour d'assises du Rhône sur l'infanticide, et qui porte sur une période de vingt ans : Jean-Pierre DURIF-VAREMBONT Magali RAVIT, Jean-Marc ELCHARDUS, « Meurtres d'enfants : perspectives psychiatriques sur une violence spécifique », *in RSC*, 2013, p. 181. Les auteurs y relèvent notamment que « même si le texte de l'article 122-1, alinéa 2, reste à ce sujet ambigu, il pourrait être attendu que l'indication par l'expert, au terme de sa discussion et de son argumentation, d'une altération du discernement de l'auteur au moment des faits, débouche logiquement sur une réduction de la peine. Dans les cas de notre série, c'est effectivement ce qui advient, mais seulement dans deux cas sur cinq. Il n'y a pas de différence notable de longueur de peines entre les cas ayant été signalés par l'expert comme marqués par une altération du discernement, et les autres ». p 184.

⁹⁹⁹ Jean-Pierre DURIF-VAREMBONT Magali RAVIT, Jean-Marc ELCHARDUS, *idem*. « Plusieurs situations de dépositions aux assises tendraient en effet à induire l'idée que si les experts font, devant les jurés, une présentation compréhensive et nuancée de l'auteur des faits, susceptible de soutenir des identifications positives à celui-ci, un refus devant de telles identifications insoutenables se produit pendant la délibération, amenant à une sévérité accrue ».

¹⁰⁰⁰ Cf. *supra*.

historiquement¹⁰⁰¹ et fondamentalement lié au rôle du juge. C'est notamment son intime conviction qui se trouve mise en jeu d'une façon spécifique lorsque le crime passionnel se trouve placé devant son regard. Compte tenu du secret, voire du mystère, qui règne dans ces gestes familiaux qui demeurent nécessairement pour une part incompréhensibles, la preuve de l'intention qui a entourée ce crime est toujours incertaine.

Même sans aller jusqu'à se poser la question de la volonté, psychologique ou philosophique, l'intention criminelle est essentiellement discutable dans le crime passionnel où sa preuve ne peut être rapportée sans que soit du même coup posée la question de la réduction du geste criminel à sa matérialité.

716. Le jugement du crime passionnel est pris dans une aporie : soit il faut négliger sa spécificité, et s'en tenir aux critères de la préméditation et de l'exceptionnalité de la criminalité, soit il faut tenir compte de la singularité profonde de ce crime et admettre alors qu'il ne peut correspondre aux catégories de la responsabilité ou de l'irresponsabilité. Dans une telle perspective, la solution qu'appliquent actuellement les juges pourrait donc apparaître comme la plus appropriée, dès lors qu'il est impossible de refuser de juger ces cas.

¹⁰⁰¹ Sur ce point, cf. Bernard DURAND, « Crimes de famille, recherche de la *qualitas* et droits de la défense. Modernité du droit criminel catalan. (XVIe-XVIIe siècles) », in *Histoires de famille, A la convergence du droit pénal et des liens de parenté*, textes réunis par Leah OTIS-COUR, Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique n°33, Presses Universitaires de Limoges, 2012, p. 79 à 94.

« La hantise du scandale, la complicité qui peut régner entre les époux ou les autres membres ou, au contraire, les déchirements qui se produisent rendent difficile au droit de traiter la criminalité qui se commet au sein de la famille, ou celle que le groupe développe autour de lui », p. 81. L'auteur indique en outre que si ces crimes familiaux devraient susciter la plus grande sévérité dans la Catalogne des XVIe et XVIIe siècles, ils ont surtout eu une influence très sensible sur la façon dont les juges les ont appréciés. Ainsi par exemple ont-ils assouplis certaines règles de procédure : « On retrouve ici, d'ailleurs, toutes les conséquences inhérentes aux crimes « exceptés ». Non seulement les indices peuvent s'additionner, mais encore, il n'est pas nécessaire que les témoins soient « habiles » et qu'ils soient au nombre de deux pour chaque indice (...) », p. 86.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

717. Le crime passionnel s'avère être comme un point d'orgue des troubles que fait peser l'affect sur la responsabilité. Il se distingue bien nettement des violences familiales et de l'inceste, en ce qu'il relève d'un élément affectif exorbitant, mais il se trouve en même temps être au fond comme un paroxysme de tout ce que les relations entre l'affect et la responsabilité peuvent avoir de complexe. La responsabilité se trouve manifestement troublée par cet affect qu'elle sait exister, mais qu'elle ne peut saisir sans saisir en même temps les limites de son intervention. En somme, la responsabilité en droit se sait inapte à voir l'élément affectif en entier, mais elle doit pourtant absolument trancher, et se prononcer sur la culpabilité de l'auteur d'un tel crime passionnel.

718. Si l'étude ici menée ne conduit pas à suggérer une modification des textes, elle pourrait contribuer à relever d'une part que le droit doit ici agir modestement, en délibérant au mieux dans les cas d'espèce qui se présente à lui sous cette forme passionnelle, et d'autre part que, grâce à une définition plus lucide de ce que sont ces crimes, il serait possible d'appliquer peut-être plus effectivement la règle d'une responsabilité atténuée. Car l'auteur du crime passionnel est un responsable que l'on ne peut excuser complètement, mais que l'on ne peut non plus sanctionner comme un criminel ordinaire, alors qu'il ne l'est pas. Il s'agit moins encore de le condamner plus durement, comme le suggérait en son temps Impallomeni¹⁰⁰². Il s'agit simplement d'éclairer les fondements de la responsabilité qu'il encoure, en ayant éclairé l'affect qui le trouble.

¹⁰⁰² Emmanuel LASSERRE, *Les délinquants passionnels et le criminaliste Impallomeni*, Félix Aican, Paris, 1908, 180 p.

CONCLUSION DU TITRE I

719. Que l'affect intervienne dans le cadre d'une violence familiale ou d'un crime plus spécifiquement passionnel, il est en tout cas perturbateur de la responsabilité, parce qu'il y est déréglé. La responsabilité n'ignore pas ce caractère, mais paraît parfois ne pas savoir qu'elle le traite déjà effectivement, et même que la recherche de la nature et du sens de cet affect perturbé pourrait sous certains aspects contribuer à expliquer les mécanismes, qu'elle est contrainte d'adopter dans ces cadres.

Avoir découvert ce fait de dérégulation de l'affect revient donc bien à admettre nécessairement qu'il existe un affect qui serait, a contrario, régulé, normatif. De la perturbation qu'engendre l'affect, peut naître une nouvelle régulation.

TITRE 2. REGULATIONS DE LA

RESPONSABILITE PAR L’AFFECT DANS LA

FAMILLE

720. L’affect intervient comme un élément isolable, qui perturbe la responsabilité dans la famille. C'est-à-dire que dans ce contexte spécifique, il trouble les règles, ou du moins les façons dont ces règles s’appliquent, qui président ailleurs à l’engagement d’une responsabilité. Par l’autonomie qu’acquiert l’affect par rapport à la responsabilité, et par les questions nouvelles qu’il soulève dans le domaine des rapports familiaux, il a sur elle le pouvoir de la contraindre à un certain degré d’adaptation. En clair ainsi, s’il perturbe la responsabilité, il peut aussi la guider dans les transformations qu’elle doit subir lorsqu’elle s’applique aux deux membres d’une même famille. L’élément affectif pourrait en ce cas être perturbateur, mais porteur d’un nouvel équilibre.

Pour qu’il soit en mesure d’actualiser ce nouvel équilibre, il lui faut néanmoins être assumé pour ce qu’il est en fait.

721. Deux apports principaux se manifestent alors dans la redéfinition de ce que peut être l’affect pour le droit de la responsabilité, et qui couvrent chacun un degré d’analyse distinct.

Au plan technique d’abord, l’élément affectif semble ouvrir à une définition originale des liens de responsabilité qu’entretient la famille. Il peut en effet permettre d’éclairer spécifiquement les questions qui ont pu être posées relativement à l’existence de droits subjectifs familiaux, tels qu’un droit au mariage ou à l’enfant, mais même à une « normalité » familiale¹⁰⁰³. Dans le même ordre, le sens que prend l’abus de droit dans la famille paraît devoir lui aussi bénéficier de précisions que seule une compréhension de l’affect dans son originalité peut apporter. Outre ces aspects qui touchent finalement à la réception de la

¹⁰⁰³ Voir le dernier chapitre de la thèse de Stéphanie PONS, *La réception par le droit de la famille de l’article 1382 du Code civil*, thèse, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2007, 457 p.

responsabilité en droit de la famille, il faudrait encore relever qu'une définition plus « réaliste » de l'affect permettrait sans doute de démêler un peu les rapports de la vérité biologique et d'une vérité affective¹⁰⁰⁴.

Au plan philosophique ensuite, l'affect se révèle irréductible à la seule volonté à laquelle on voudrait trop facilement l'assimiler en droit, et porteur, dès qu'on lui reconnaît cette qualité particulière, d'un devoir-être plus grand que celui auquel on le limite sans cela. Dans la portée de l'engagement de deux personnes l'une envers l'autre, la responsabilité des membres de la famille peut être regardée comme porteuse de valeur, et dépasse peut-être l'idée d'une solidarité familiale.

722. En somme, l'affect introduit une nouvelle régulation de la responsabilité dans la famille à la condition d'être reçu dans son acception concrète, et réaliste (Chapitre 1), et d'être également surtout reçu comme un élément attaché à la personne, qui est première, et non à un groupe, fût-il celui de la famille (Chapitre 2).

¹⁰⁰⁴ Ce point paraît être l'un des thèmes chers au droit contemporain de la famille, non seulement parce que les évolutions de la science permettent à la fois une recherche de la vérité biologique et une dissociation de la biologie et de la génération par le biais des techniques de procréation médicalement assistée ou même de gestation pour autrui, mais encore parce que l'adoption prend une envergure nouvelle dans un contexte de multiplication des familles recomposées et de société mondialisée.

Chapitre 1. POUR UNE DEFINITION REALISTE DE L'ELEMENT AFFECTIF

723. Au plan technique, l'élément affectif s'avère être une point d'entrée dans l'analyse de la responsabilité, s'il est défini comme un élément concret spécifique. Parler de définir d'une manière « réaliste » l'affect, renvoie bien à l'idée d'une définition, qui regarde en un premier temps l'affect comme un objet du droit, comme une chose qui existe dans les faits avant même d'être reconnue en droit, et sur laquelle donc il peut être erroné de projeter une certaine idée de l'affection. Il semble en effet exister une forme de renversement du langage, lorsque l'affect, qui existe dans une relation de personnes données, est dit « subjectif », sous-entendu trop subjectif pour fonder une solution de droit, et qu'est considérée comme objective la représentation quasiment politique de ce même affect détaché de sa source et de sa fin personnelle. Car, en fait, l'affect est bien un objet que le droit de la responsabilité observe, ainsi objectivement, lorsqu'il existe d'abord comme un fait concret, et relève bien plus des subjectivités sociales lorsqu'il est perçu sans cet ancrage dans le monde.

724. Il est donc bel et bien utile de regarder l'affect comme un lien réel, qui peut être pour le droit un objet.

Il est d'abord révélateur dans la famille de la primauté du devoir sur le droit, qui seule permet, par exemple, de faire de la considération de l'intérêt de l'enfant ou du respect du conjoint dans toute sa dignité, autre chose qu'un nouveau droit subjectif aux mains de chacun¹⁰⁰⁵. D'autant que les discussions qui se forment autour de cette question de l'apparition de nouveaux droits subjectifs familiaux, renvoient à celle de l'anormalité dans la famille.

Mais l'élément affectif permet ensuite d'approcher l'abus de droit d'une façon qui soit propre à son développement en droit de la famille¹⁰⁰⁶. L'affect manifeste en effet un caractère

¹⁰⁰⁵ Ce point paraît crucial en fait parce que de la mécompréhension de l'affect et de sa réduction à un élément, non pas même de subjectivité, mais d'individualité, découle probablement les malentendus qui se forment actuellement sur les revendications de droits subjectifs dans la famille. Si le problème notamment du « droit à » l'enfant est insoluble, c'est peut-être parce qu'il relève d'abord d'une méconnaissance de ce qu'est l'affect qui intervient dans les rapports familiaux.

¹⁰⁰⁶ Alain POUSSON, « Le non exercice fautif d'un droit subjectif », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, P.U.S.S.T, 1996, p. 563 à 594.

particulier, selon lequel il rend tolérable des comportements qui ne pourraient pas l'être dans un contexte autre que familial, et marque du même coup les attitudes qui sont intolérables du coin de la gravité particulière. L'abus est dans ces conditions comme un modèle qu'aurait à suivre toute responsabilité dans la famille, puisqu'il est typiquement toujours révélateur d'une telle gravité. Sous cet angle, l'affection ne pourrait proposer de graduation de la responsabilité, dans la mesure où elle implique que l'on passe directement d'un comportement accepté à un comportement grave.

725. L'affect se trouve ainsi jouer très matériellement un rôle dans la mise en œuvre de la responsabilité entre les membres d'une même famille, en interrogeant des processus que la responsabilité suivrait ailleurs avec moins de difficultés, **mais il intervient aussi réellement dans la détermination d'une responsabilité proprement familiale**, et qui repose sur la distinction d'un lien biologique et d'un lien de fait affectif. C'est alors notamment le problème de l'adoption qui se pose, dans la mesure où, loin d'être un mécanisme dépassé, il est peut-être appelé à se renouveler¹⁰⁰⁷. La responsabilité est impliquée dans ce renouveau, parce que l'adoption est à la fois un contexte dans lequel la responsabilité peut avoir à intervenir, et une source d'engagement.

Ainsi, l'affect se trouve peser à la fois sur la manière dont une responsabilité de droit commun s'immisce dans les relations de famille, et sur les enjeux d'une responsabilité qui relève spécifiquement de la famille.

726. Saisir l'affect dans ce qu'il présente de « réaliste », c'est donc avant tout le regarder comme un élément vécu et concret qui n'est réductible à aucune abstraction pour appliquer dans la famille comme ailleurs une « normalisation » par la responsabilité (Section I). Mais ce « réalisme » de l'affect dans la famille suppose aussi que les conséquences de ce vécu singulier soient tirées dans les cas de responsabilité spécifiques aux liens de famille (Section II).

¹⁰⁰⁷ Anne FINE, Claire NEIRINCK (dir.), *Parents de sang, parents adoptifs*, Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, série anthropologique, volume 29, L.G.D.J, 2000, 396 p.

Section I. Définition réaliste de l'affect et rejet de nouveaux droits subjectifs de la famille

727. Parce que l'engagement d'une responsabilité dans une situation donnée implique dans la famille¹⁰⁰⁸ une anormalité du comportement du responsable, il a en a été déduit qu'il pouvait donc exister a contrario un droit à ne pas subir un tel comportement. De là l'idée qu'il y aurait, dans la famille, lieu à reconnaître une série de droits subjectifs spécifiques, au rang desquels un droit à une « normalité familiale »¹⁰⁰⁹.

Une telle analyse pourtant paraît devoir être remise en cause par l'appréhension concrète de ce qu'est l'affect. En effet, lorsque la responsabilité se greffe à des rapports familiaux, elle n'est peut-être pas susceptible de dessiner en négatif une normalité, comme il est possible qu'elle le fasse ailleurs, simplement parce que cette « normalité », à être bien entendue, est liée à l'affect et non aux engagements de la responsabilité. L'affect doit être analysé bien plus comme le support de devoirs dans ce cadre, et il se pourrait même qu'il soit finalement sous cet aspect moins invasif qu'il ne l'est lorsqu'il est vidé de son contenu concret.

Ce phénomène est particulièrement sensible à l'heure actuelle dans les rapports du couple, dans la mesure où c'est bien dans ce cadre que les revendications à un droit à la « normalité » sont admises avec les réserves les plus faibles. Car en effet d'emblée, lorsque cette question est appliquée aux liens de filiation, les contestations sont plus immédiates, mais peut-être alors moins révélatrices aussi des problèmes spécifiques posés¹⁰¹⁰.

728. En regardant alors l'affect comme pratiquement incompatible avec les droits subjectifs avec lesquels on voudrait le lier, il faudrait aussi repositionner l'abus de droit dans les mécanismes de responsabilité qui se jouent dans la famille. En effet, l'abus de droit semble y tenir une place ambivalente, d'abord parce qu'il est pratiquement le modèle

¹⁰⁰⁸ Les cas dans lesquels on peut discuter de la réalité de cette anormalité, parce que la responsabilité semble dotée d'un certain caractère automatique, ne paraissent pas être fréquents dans la famille lorsqu'auteur et victime y appartiennent. Sans doute devrait-il en aller autrement dans une étude de la responsabilité des parents non pas vis-à-vis de leur enfant mais pour ses agissements, puisque en ces cas bien sûr il serait parfois bien difficile de détecter une anormalité du comportement parental. La remarque formulée ici s'applique bien aux situations dans lesquelles l'auteur et la victime sont liés par un rapport familial.

¹⁰⁰⁹ Stéphanie PONS, op. cit.

¹⁰¹⁰ Pour une rapide présentation de cette question toutefois, cf. *infra*, Section II de ce Chapitre.

de l'engagement de la responsabilité familiale qui doit toujours reposer sur un comportement dont la sanction ne dépend que du caractère abusif. D'un autre côté pourtant, l'abus de droit, en supposant qu'il y ait bien à son origine un droit, pourrait ne pas correspondre à la réalité de l'affect, qui ne saurait être un droit à revendiquer.

729. Ainsi donc, le rejet d'une qualification erronée de l'affect débouchant sur l'admission de droits subjectifs de la famille sanctionnés par la responsabilité, conduit peut-être aussi ensuite à s'interroger sur la position particulière de l'abus de droit dans la compréhension de cette responsabilité familiale (Sous-section I). Cette nouvelle analyse paraît pouvoir s'appliquer de la façon la plus édifiante dans les rapports du couple (Sous-section II).

Sous-section I. L'ELEMENT AFFECTIF PORTEUR D'UN DEVOIR

730. Déjà dans la pensée de Jankélévitch¹⁰¹¹, il est possible de découvrir les principes remettant en cause le lien qui est proposé aujourd'hui entre droit subjectif et responsabilité. Ainsi, l'idée selon laquelle on peut tirer de nouveaux droits subjectifs des nouveaux cas de responsabilité établis par la jurisprudence ne peut être admise sans réserve¹⁰¹².

En effet, la responsabilité s'attache en vérité à la dignité d'un devoir particulier, et un droit ne correspond pas nécessairement à chacun de nos devoirs. Les devoirs qui s'exercent au sein de la cellule familiale sont bien, par définition, dus à ses membres, sans que pour autant ces derniers puissent en réclamer l'exécution, comme s'ils étaient en miroir des droits qui

¹⁰¹¹ Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus II : Les vertus et l'amour*, Tome 1 et 2, Champs essais, Flammarion, Paris, 2011, 402 et 354 p. « Ce n'est pas dans la mesure où ton devoir est mon droit que je puis exiger un tel devoir : chacun a, en fait, des devoirs envers moi, et l'ironie est que je ne puis, sur le plan des principes, m'en prévaloir. Autrement dit, votre devoir et mon droit sont pour moi indépendants, et ils sont solidaires seulement pour le témoin qui du dehors les contemple l'un et l'autre simultanément, et d'en haut considère leur ajustement réciproque : (...) », p.68. Et encore : « (...) l'homme a les devoirs de ses droits : d'avoir un droit lui crée l'obligation de l'exercice et de s'en montrer digne et d'être à la hauteur de son propre pouvoir ; mais il n'a pas les droits de ses devoirs, le devoir ne donnant droit à rein. Sa dignité impose à l'homme une responsabilité et lui crée des devoirs. L'ipséité, immanente et transcendante tout ensemble au sujet lui-même, n'est donc pas seulement ce que je suis, mais ce que j'ai ; mon essence morale la plus intime ressemble à une espèce de trésor précieux qui me serait confié : cet avoir que je suis, cet être que j'ai résume tout le mystère inexplicable de ma responsabilité », p.75.

¹⁰¹² Jean-Christophe SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », in *Mélanges Hubert Groutel*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 405 et s.

pouvaient lui appartenir. Ce qui appartient aux personnes qui sont les membres d'une même famille en revanche, c'est leurs devoirs. C'est l'être qui leur appartient, l'avoir qu'ils sont, comme le dirait Jankélévitch¹⁰¹³.

Seul l'observateur extérieur, le spectateur impartial de Smith¹⁰¹⁴, peut évaluer que ces droits et ses devoirs sont interdépendants. Il faut donc en conclure que ce n'est que devant le juge que l'obligation familiale non exécutée ou trahie peut être sanctionnée, *a posteriori*, sans que cela entraîne de facto la création d'un nouveau droit.

731. Il est donc nécessaire de ne pas tirer de l'engagement de la responsabilité une reconnaissance automatique de droits dans la famille, parce que de tels droits ne sont pas susceptibles de correspondre à la réalité affective (Paragraphe 1). Pour autant, l'admission de cette idée n'entraîne pas le rejet systématique de tout droit, notamment parce que la responsabilité familiale paraît très sensiblement liée à l'abus de droit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'affect familial perturbateur du lien entre responsabilité et droits subjectifs

732. En redéfinissant l'affect de façon concrète, les conséquences qui sont attachées à l'admission d'une responsabilité dans la famille se trouvent également modifiées. En effet, s'il peut être assez rapidement fait état des arguments qui sont en défaveur d'une reconnaissance de droits correspondant à chaque forme de responsabilité engagée devant les juges (I), il peut être en revanche plus délicat d'élucider les rapports qu'entretient la responsabilité avec la question d'une anomalie qu'elle sanctionne.

Ces rapports en effet, sont dans la famille finalement dépendants de la définition que l'on donne de l'élément affectif, en tant qu'élément isolable et dont la portée technique peut être explicative (II).

¹⁰¹³ *Ibidem.*

¹⁰¹⁴ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Lonrai, PUF, Quadrige, février 2007, [1759], 454 p. Voir aussi l'analyse qu'en propose Philippe TARANTO, « Le spectateur impartial et la « médiocrité » de la vertu », Conférence donnée à Curitiba, Brésil, Juin 2007, colloque sur la mesure.

I. LE PRINCIPE DE L'ADMISSION DE NOUVELLES RESPONSABILITES SANS NOUVEAUX DROITS SUBJECTIFS

733. La reconnaissance de la responsabilité aurait dans la famille une signification particulière qu'il serait erronée d'interpréter comme créatrice de nouveaux droits subjectifs¹⁰¹⁵, soulevant alors les questions que l'on sait d'un droit à l'enfant, ou encore d'un droit à la vie familiale « normale ». Ces droits n'existent pas, car la gratuité que craignait de voir disparaître Vivien Zalewski dans sa thèse¹⁰¹⁶ demeure dans les rapports familiaux, et ce pratiquement malgré les lois, par une forme de résistance de l'élément affectif. Ces relations sont telles qu'elles impliquent des devoirs que chacun doit respecter sous peine de voir sa responsabilité engagée, mais sans que pour autant il faille aller jusqu'à en déduire une possibilité pour celui qui se verrait privé des bénéfices de ce devoirs de s'en prévaloir *a priori*.

Il faudrait alors admettre que celui des membres de la famille, qui doit souffrir de ce qu'un autre n'a pas rempli envers lui son obligation de secours ou de protection par exemple, puisse engager sa responsabilité sur le plan juridique, sans que cet engagement ne soit interprété comme lui allouant un droit à posséder quoique ce soit *d'abord*. La compensation ne peut venir que de l'intervention postérieure du droit, qui répare ainsi une situation dommageable ou sanctionne un comportement préjudiciable, sans vouloir décider par là que dorénavant les relations familiales seront régies par de nouveaux droits entrés dans l'escarcelle de chacun de ses membres.

734. Paul Roubier aussi, lorsqu'il a cherché à définir la situation juridique¹⁰¹⁷, a bien montré comment on pouvait réfuter cette corrélation systématique entre reconnaissance d'une responsabilité civile et reconnaissance d'un droit subjectif jusque

¹⁰¹⁵ Il faudrait alors relativiser dans ce cadre les propos de Tristan AZZI, dans « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* n°, avril/juin 2007, p. 227 à 251. La remise en cause de la corrélation de la responsabilité délictuelle et de l'apparition de droits subjectifs n'entraîne pas obligatoirement celle de la responsabilité délictuelle et de l'application des droits subjectifs. Ce n'est donc qu'une partie de l'article de AZZI qui devrait être mise à distance ici.

¹⁰¹⁶ Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoir et gratuité*, L'Harmattan, 2004, Condé-sur-Noireau, 452 p.

¹⁰¹⁷ Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005, [1963], 451 p. Il ne s'agit pas de contester l'existence générale des droits subjectifs, bien au contraire, mais de distinguer simplement les hypothèses dans lesquelles c'est une situation objective qui est observable. Cf. p. 19 et s.

là latent. Selon lui c'est le devoir qui est d'abord reconnu. La sanction n'a de sens que si elle répond à un comportement que l'on aura d'abord nommé comme fautif.

Si on peut opposer, en droit de la responsabilité civile, à cette idée le constat selon lequel un nombre toujours croissant de responsables est déterminé non plus en référence à un devoir qui était établi, mais au simple regard du dommage causé, de telle sorte que c'est au droit de la victime de ce dommage qu'il faut donner la *priorité*, ce constat est de toute façon inopérant lorsque cette responsabilité existe dans la famille. L'observation de la relation personnelle directe sur laquelle se greffe la responsabilité conduit à considérer au contraire l'intimité et la liberté radicale de chacun en ce domaine, si bien qu'il est impossible de poser un droit d'aucun sur un autre. *Dans la famille, tout est dû mais rien ne s'exige.* C'est typiquement le lieu où la logique de la corrélation nécessaire des droits et des devoirs est mise en échec. L'élément affectif n'est pas incompatible avec l'idée d'un devoir¹⁰¹⁸, et il y est même inextricablement lié, mais il est, peut-être paradoxalement parfaitement extérieur à l'idée d'un droit.

La question peut alors se poser de savoir si le devoir existe indépendamment du droit, ou plutôt s'il peut avoir un sens. L'exemple le plus simple sera le meilleur : les époux ont un devoir de secours l'un envers l'autre, en vertu de l'article 212 du Code civil. Mais peut-on en déduire immédiatement que les époux ont donc un droit au secours ? Si tel était le cas, alors chacun pourrait exiger de l'autre ce secours, positivement, étant entendu qu'il faudrait être en mesure de dire ce en quoi il consiste de façon ferme. Or, précisément, le secours peut prendre de multiples formes, qui ne se déterminent qu'en fonction du manque qui se sera d'abord concrètement avéré. Il faut qu'un époux ait manqué à son devoir de secours pour que l'on puisse définir le secours et pour que ce manque puisse être dénoncé par l'autre. Le droit au secours n'existerait donc pas, et dire encore qu'il existe puisque est sanctionné celui des conjoints qui n'aura pas prêté secours à l'autre procède donc d'une inversion de la pensée.

735. Voici donc que l'on peut reconnaître des devoirs qui ne répondent à aucun droit, et cela semble être particulièrement le cas dans la famille, en raison de l'importance de l'élément affectif dans ce champ. L'affection explique qu'il soit plus qu'incertain de reconnaître des droits ici.

¹⁰¹⁸ Cf. *supra*. p. 72.

II. RESPONSABILITE, DROITS SUBJECTIFS ET ANORMALITE :

EQUILIBRAGE DES RAPPORTS PAR L' AFFECT

736. Si la question s'est posée de savoir comment l'on pouvait considérer l'influence de l'élément affectif sur la responsabilité familiale, et si l'on aboutit donc bien au constat de son emprise sur les conditions même de l'engagement de la responsabilité, on doit encore se demander, finalement, si l'on se trouve toujours bien dans un système de responsabilité au sens classique de ce terme.

En effet, dès lors que l'élément affectif peut devenir, dans le cadre précis qui est celui des relations familiales, un aspect que l'on technicise comme une donnée conditionnant la responsabilité, il devient soit un facteur de pondération de la responsabilité qui aurait été engagée indépendamment de lui, soit un critère de détermination d'une responsabilité qui n'existe qu'au regard de son existence. Telles sont du moins les conclusions auxquelles ont conduits les analyses précédentes.

737. Selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre de ces cas de figure, **le rôle de cet élément affectif change**. C'est ainsi qu'il est indiscutablement normatif lorsqu'il est premier et qualifiant de la responsabilité engagée. L'élément affectif est dans ce cas l'élément abstrait auquel on se réfère pour juger d'un comportement. Mais lorsqu'il est second, et qu'il interfère dans les critères établis d'engagement d'une responsabilité au nom du lien qu'il promeut, il devient plus ambivalent, car il est à la fois la valeur supérieure à défendre contre une application aveugle du droit en vigueur, conservant par là la puissance normative qui s'exprime le plus pleinement dans sa fonction qualifiante de responsabilité, et à la fois le point concret par lequel s'introduit une pesée des intérêts en présence¹⁰¹⁹. Dans ce cas, il est peut-être bien un obstacle à ce que la situation juridique puisse correspondre à une situation de responsabilité, dans la mesure où il ne s'agit plus de sanctionner une attitude dommageable, mais de chercher d'abord à concilier deux impératifs qui se trouvent en conflit.

¹⁰¹⁹ L'élément affectif est bien toujours porteur d'une valeur, mais il est alternativement pris sous son aspect de détermination d'une valeur idéale, ou sous celui de confrontation de plusieurs valeurs concrètes, vécues. L'élément affectif n'est pas en fait ou bien premier ou bien second, mais il apparaît comme tel en droit dès lors qu'il peut fixer ou altérer les responsabilités mises en jeu.

738. De là l'idée que l'élément affectif puisse contraindre la responsabilité jusqu'à la faire sortir de ses limites traditionnelles. Après les responsabilités qui ne disaient pas leur nom, on aurait donc affaire à des responsabilités affichées qui n'en sont plus vraiment, ou qui du moins le sont à condition d'admettre que la responsabilité puisse être la balance des valeurs en présence en sus d'être la reconnaissance d'une valeur, qui s'affirmerait seule au milieu d'un ensemble de non-valeurs ou de valeurs d'une moindre importance. A la suite des transformations de la responsabilité qu'avaient démontrées Léon Husson¹⁰²⁰, mais dans le domaine plus réduit qui s'applique au champ du lien de famille, il serait peut-être aujourd'hui possible de constater qu'elle a de nouveau pris une forme un peu différente, qui certes ne supprime pas l'ancienne, comme l'avènement de responsabilités pour fautes présumées ou sans fautes n'a pas aboli l'existence de la responsabilité pour faute¹⁰²¹, mais qui oblige sans doute à en repenser les fondements.

Selon une conception de la responsabilité¹⁰²², celle-ci repose sur l'anormalité d'un comportement jugé tel au regard d'une conduite abstraitement représentée, étant entendu que cette anormalité introduit un déséquilibre que l'on sanctionne ou répare selon sa nature.

Lorsque l'élément affectif est posé, il n'est jamais, de manière univoque, la représentation seulement abstraite d'une attitude « normale ». C'est bien justement sur ce point que s'achoppaient les tenants d'une incompatibilité essentielle entre affection et règle de conduite¹⁰²³. Si, à la suite de tant d'auteurs, ces théories ont pu être ici réfutées, ce n'est parce que l'affect n'a pas ce caractère qu'on lui prête de relever de l'intime le plus libre et le plus inextricablement concret qui soit, mais c'est parce qu'il n'est pas *que* cela. Doté d'une ambivalence fondamentale, il semble que l'élément affectif est porteur d'une valeur que l'on peut sans doute qualifier abstraitement, tout en étant d'abord vécu, concrètement. En totale

¹⁰²⁰ Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité, Etude sur la pensée juridique*, P.U.F, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, 1947, 544 p. dans une étude de sociologie plus récente, les pistes déjà levées par Husson se trouvent confirmées, lorsqu'elles sont étudiées : Jean KELLERHALS, Noëlle LANGUIN, Massimo SARDI, « Le sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines », *in Droit et Société*, n°47, 2001, p. 257 à 274.

¹⁰²¹ Bien sûr, nous ne prétendons pas, sur ce sujet qui est un classique des thèmes abordés en droit de la responsabilité civile, résoudre le problème du rôle qu'y tient actuellement la faute, mais simplement indiquer ici que la responsabilité demeure, même de façon résiduelle, comme une source de responsabilité. Au pénal, la question ne se pose pas en ces termes évidemment, et pourtant notre remarque concernant les modifications structurelles qui seraient impliquées par l'élément affectif pourrait trouver à s'appliquer à ce champs d'étude également puisque les faits justificatifs qui reposent sur lui reviennent bien à juger de la confrontation de deux valeurs que l'on estime d'un degré égal de vigueur.

¹⁰²² Jean-Christophe SAINT PAU, « Responsabilité civile et anormalité », *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 249 à 256.

¹⁰²³ Cf. *supra*.

conformité à ce qu'est l'affect, comme point de contact de soi au monde, l'élément affectif juridiquement perçu ne perd pas, ou du moins ne devrait pas perdre cette ambivalence.

739. La responsabilité qui est engagée en contemplation de cette composante affective, ce qui est nécessairement le cas en matière familiale, **peut donc certes en tirer une norme qui se traduit plus ou moins facilement en droit par une série de droits et de devoirs, et qui alors permet**, sans entorse à sa définition classique, **de déterminer un comportement anormal**. Mais elle ne peut pas pour autant faire fi de son visage concret, s'imposant à elle dans sa mise en œuvre, même implicitement. Clairement, la responsabilité juridiquement engagée alors, qu'elle soit civile ou pénale, ne repose plus alors seulement sur la détermination de l'anormalité d'un acte évalué en soi par comparaison à un agissement type, mais suppose aussi que soit établie la dissonance de cet acte dans la situation d'où il provient. L'anormalité acquiert un sens nouveau dans la mesure où elle n'existe ici que parce que la conduite que l'on juge n'est pas adaptée à la situation concrète qui s'impose comme un critère incontournable de la détermination de la responsabilité.

740. Il faudrait éclairer chacun de ces deux pôles, abstrait et concret, pour comprendre comment ils peuvent se rejoindre. Il est certes délicat de poser la possibilité d'une norme qui soit strictement établie grâce à la valeur affective, pour laquelle on ne pourrait qu'admettre qu'elle est trop « molle »¹⁰²⁴, ou malléable peut-être aux perceptions de chacun, y compris aux juges qui auront à se prononcer en telle affaire sans pouvoir se détacher du vécu qui les rend justement sensibles aux difficultés qu'elle soulève. Et pourtant, on peut convenir plus facilement de ce que l'élément affectif est un guide dans la détermination de ce qui est « anormal ». Il recouvre en négatif sa capacité à faire se détacher une valeur que le droit puisse sûrement défendre, mais qui alors bien sûr ne peut être qu'un minimum.

Si donc on ne pourrait, en considérant l'élément affectif qui se déploie entre les membres d'une même famille, identifier une norme qui soit purement abstraite, il est erroné d'en déduire que l'on ne peut en induire des droits et des devoirs. Ces derniers se dessinent en creux, mais on ne voit pas pourquoi il en irait ainsi moins bien ici qu'ailleurs en droit, où les grandes obligations de l'homme, sont toujours formulées sous la forme d'interdiction de

¹⁰²⁴ Mais cette qualité, cette mollesse n'est-elle pas ailleurs nommée « souplesse », et n'est-elle pas dans une certaine mesure indispensable à la résolution de conflits si hautement humains ?

nuire. Rien ne justifie que l'affect soit dénoncé comme moins sûr pour fixer un devoir humain, parce qu'il ne détermine pas de normalité abstraite, puisqu'il en va toujours de cette manière dès lors que l'obligation que l'on fixe ne porte pas sur un aspect de pure technique juridique, mais sur un équilibre vécu. Il est en revanche, en mesure de désigner une « anormalité », qui ne sera jamais pourtant entièrement abstraite parce qu'elle ne peut se comprendre que dans une situation donnée. Les contours des devoirs qui se dessinent alors ne sont visibles qu'en relation avec d'autres. Cela ne signifie pas qu'ils ne puissent exister absolument, mais simplement que leur forme est nécessairement marquée d'une certaine empreinte concrète.

741. L'on pourrait dès lors retrouver dans ces responsabilités familiales, marquées par l'élément affectif, une faute, qui tend à disparaître ailleurs lorsque la responsabilité civile est engagée. Le constat d'une nécessité de regarder la gravité particulière, qui désigne presque toujours le comportement familial, qui fonde l'engagement d'une responsabilité a du être fait. Il s'impose et ressort de pratiquement chacune des situations étudiées. Même en droit pénal, les fautes que l'on désigne dans le cercle familial semblent marquées de cette gravité spéciale, qui la rend intolérable. Tout se passe comme si la détermination de l'anormalité en matière familiale passait par celle d'un seuil en deçà duquel ou au-delà duquel elle ne pourrait être perçue. C'est toujours un trop ou un pas assez qui justifie l'intervention d'une responsabilité juridique, mais dans le cadre des relations familiales, ces manques ou ces excès ne sont pas tels en eux-mêmes ; ils ne le deviennent que parce que l'on attendait un seuil affectif entre le responsable et la victime.

Paragraphe 2. L'affect familial perturbateur de l'abus de droit

742. La présence d'un élément affectif dans la famille pèse sur la responsabilité, parce qu'il paraît influencer sur ces conditions. Ainsi, la faute qui doit être observée dans la famille n'est pas une faute ordinaire, dès lors qu'une exigence de gravité s'y rattache toujours de façon plus ou moins explicite. Mais au fond, cette gravité, pourrait bien plus spécifiquement prendre la forme d'un abus, en ce sens que la sphère familiale et intime

suppose que le comportement adopté ne l'est qu'en vertu d'une inclination personnelle. Ainsi en est-il bien de la décision de se marier par exemple¹⁰²⁵ que de la reconnaissance d'un enfant en principe.

L'affect a donc un rôle dans la détermination de l'abus (I), et à ce titre, le cas de la responsabilité engagée lors d'une contestation de filiation est exemplaire (II).

I. INFLUENCE DE L' AFFECT SUR L' ABUS DE DROIT

743. Une telle faute familiale susceptible d'engager la responsabilité civile serait néanmoins toujours frappée du sceau de l'abus, puisque c'est toujours par le biais de la gravité de l'acte dans une situation concrète donnée qu'elle s'analyse. A la rigueur, même en droit pénal on retrouverait le spectre de l'abus dans la mesure où bien des agissements ailleurs répréhensibles ne le sont pas du tout dans le cadre familiale. Que l'on observe la responsabilité civile ou la pénale d'ailleurs, l'hypothèse selon laquelle la simple action en justice déjà marque un « abus » dont la vigueur est telle qu'elle a rendu déjà la pardon inenvisageable, au moins momentanément, et qu'elle a surtout fait sortir du seul champ moral la responsabilité qui en ressortait. Cette remarque sur le rôle de l'abus n'est pas ici dépourvu de conséquences ni de sens. En effet, par l'abus, la responsabilité engagée en matière familiale devient non plus une déformation de ce qu'est la responsabilité ailleurs, lorsqu'elle n'est pas affectivement fondée, mais au contraire peut-être un archétype de ce qu'elle est devenue aujourd'hui.

La balance des intérêts qui s'opère nécessairement lorsque les liens familiaux sont ceux au creux desquels naissent les conflits, pourrait bien n'être pas sans analogie avec celle qui entre en jeu ouvertement lorsque par exemple deux droits également protégés par notre législation se heurtent. Et même, cette balance est celle dont se sert le juge dès qu'il tranche un litige qui en est véritablement un.

¹⁰²⁵ Et ainsi la rupture fautive des fiançailles est bien peut-être un abus de la faculté de ne pas s'engager jusqu'à un certain point !

744. Si l'abus dont il est question ici, lorsque l'élément affectif intervient dans la responsabilité engagée, n'est pas plus « subjectif » qu'un autre, car toute reconnaissance d'un abus de droit par le juge suppose une étude concrète des enjeux qui sont en présence, **sa spécificité est en revanche sans doute marquée par le sens qu'il imprime à la responsabilité familiale.** Ailleurs, l'abus du droit reconnu signifie que les deux parties en présence avaient un droit de valeur égale, mais que l'une d'elle n'est devenue fautive qu'en ceci qu'elle a mésusé de son droit¹⁰²⁶. Ce mésusage est le seul matériau de sa culpabilité. Lorsque l'élément affectif pèse sur les rapports familiaux, et qu'une responsabilité est mise en œuvre, l'abus qui est à la source de sa reconnaissance désigne une innocence du coupable, et une forme « culpabilité » de la victime.

Cette idée doit être explicitée : il ne s'agit pas de tomber dans un relativisme de la pensée et de dire finalement que le crime ou le délit civil qui intervient dans la famille n'est pas autant attentatoire qu'un autre à une norme de bon comportement. Cela reviendrait à admettre que l'affect met en échec le jugement de valeur, ce qui a été déjà contesté largement plus haut. Il s'agit simplement de signifier que dans le concret de la situation familiale observée, l'abus de droit ne repose paradoxalement pas sur un droit dont on est certain qu'il soit, mais plutôt sur un devoir auquel l'atteinte est devenue manifeste. En d'autres termes, *la responsabilité familiale fondée sur l'abus d'un droit est fondée sur un abus dans le refus d'un devoir.*

Sans que cela fasse de l'abus un retour au simple manquement à un devoir, comme c'est le cas en principe à chaque fois que la responsabilité est engagée en dehors du cadre familial, ce que l'on sanctionnait dans la responsabilité familiale, c'était un « excès de manque ». Cette formule malheureuse quant à sa forme, est au fond peut-être porteuse de sens. En effet, il y aurait bien d'une part un abus, en ce sens que la responsabilité est systématiquement engagée après qu'ait été constaté par le juge un excès, même si cet excès est parfois simplement déduit du fait que l'affaire soit portée devant les tribunaux, et cet excès d'autre part ne semble pas pouvoir être celui d'un droit, pour la simple raison que l'on ne sait si ce droit existe bien¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Historiquement on peut signaler l'ancienne thèse de Ernest PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Université de Bourgogne, Dijon, 1901, 221 p.

¹⁰²⁷ Il faut ajouter que l'incertitude sur l'existence d'un droit quelconque en la matière, et la certitude en revanche de l'existence du devoir est la meilleure façon d'établir une liberté profonde des rapports familiaux. S'il était possible, dans cette intimité de la personne d'établir une liste de droits dont on disposerait, on entrerait alors dans une logique de la nécessaire exhaustivité de la détermination de ces droits, ce qui est impossible. Cela signifierait en outre que le comportement de la personne en famille pourrait être positivement défini et limité. Au contraire, lorsque l'on admet que, dans cette situation concrète au moins, il n'existe que des devoirs, on laisse

745. L'excès est le critère de l'engagement de la responsabilité dans la famille, et c'est l'élément affectif qui le détermine. De façon assez nette, l'excès se mesure ici à l'aune de deux critères distincts :

Le premier d'entre eux est relatif à ce que les membres de la famille ont eux-mêmes considérés comme insupportable. L'appel à la décision de justice, lorsqu'il n'est pas seulement utilisé comme une menace mais bel et bien acté, est un signe évident de l'impossibilité du pardon¹⁰²⁸ ; l'excès se détermine en fonction du dépassement d'une limite de l'acceptable. Tout se passe alors comme si l'on passait brusquement d'un comportement anormal, mais dont l'anormalité s'explique, et se résorbe finalement, dans la famille, et se comprend, comme une anormalité qui ne serait pas bonne ou mauvaise, mais qui serait au-delà ou en-deçà d'un jugement de valeur véritable, à un comportement qui est en quelque sorte « éjecté » de la simple sphère familiale, pour qu'en soit reconnue par un tiers la nature préjudiciable. L'entrée dans le champ juridique est toujours en elle-même significative d'un excès, puisqu'elle relève déjà de l'épuisement des ressources internes de la famille. Au delà des considérations factuelles qui peuvent faire sentir, lorsque l'élément affectif est observé, la complexité d'une situation humaine et, partant, une certaine artificialité de tout jugement, il est donc nécessaire de comprendre que cet élément affectif est aussi celui qui « tranche ». C'est à travers lui qu'un acte est entièrement bon ou entièrement mauvais, sans la demi-mesure à laquelle il est attaché en dehors de la relation strictement personnelle.

746. Le second critère de l'excès est relatif à son caractère manifeste et relève donc d'une étude de la proportionnalité des comportements familiaux les uns par rapport aux autres.

S'il y a un comportement familial que l'on peut « en soi » désigner comme « coupable », cette culpabilité a besoin d'être, d'une certaine façon, confirmée par l'impossibilité de la réconciliation d'abord, et par l'innocence des victimes ensuite. Ailleurs en droit de la responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale, le responsable l'est immédiatement

l'acte humain se développer librement, dans les seules limites qui sont celles que l'on a, cette fois, pu établir de façon limitée et complète.

¹⁰²⁸ Vladimir JANKELEVITCH, *Le pardon*, Aubier, Paris, 1967, 216 p. Le pardon agit par la compréhension de la faute commise. il n'est pas disparition de la faute, mais au contraire il aura été sévère envers elle et aura fini par la comprendre. Le pardon est un dépassement. S'il n'est plus possible, cela semble bien être parce que l'offensé ne parvient pas à se dépasser, à sortir de soi, pour comprendre l'offenseur. La question de savoir alors s'il est bien possible qu'il soit encore un proche se pose.

parce qu'il a enfreint une règle, en agissant d'une manière illicite ou anormale, ou simplement parce qu'il a nuit à autrui en agissant. Il en va ainsi de l'abus de droit également puisqu'il peut être caractérisé dès qu'il y a transgression du droit d'autrui par son biais. Ce n'est qu'éventuellement dans un second temps qu'il est excusé par l'attitude coupable de la victime, comme c'est le cas par exemple dans la légitime défense.

747. Mais dans la famille, le responsable ne le devient que médiatement et concrètement au regard d'une certaine relation, à partir de laquelle seulement il sera possible d'induire une définition de l'attitude condamnable. En droit civil, cela sera sans doute assez facile à reconnaître : que ce soit en matière de divorce où la faute n'est reconnue que lorsqu'elle est grave ou répétée et qu'elle rend la vie commune impossible¹⁰²⁹, ou encore en matière d'indignité par exemple où des « manquements graves » doivent être rapportées¹⁰³⁰, il apparaît bien qu'il faut quelque chose de plus que le simple manquement à un devoir pour qu'une responsabilité soit engagée. En droit pénal, on serait certainement tenté de ne pas accrédi-ter cette thèse, dès lors que chaque infraction existe bien d'une façon très nette dans notre Code, et qu'elle n'a *a priori* besoin d'aucune autre considération pour être reconnue comme telle, même dans la famille. Seul le premier critère de l'excès, défini à l'instant, et qui est en quelque sorte celui qui appert de la seule action en justice d'un membre de la famille contre un autre, pourrait jouer ici. L'excès semble pourtant pouvoir être même ici, interprété à la lumière des éléments situationnels dans lesquelles est plongé l'auteur. Une même « médiatisation » de la situation est nécessaire à la détermination de la culpabilité. C'est bien le sens des immunités qui sont organisées et qui font obstacle à la qualification même d'une responsabilité¹⁰³¹. Certes les immunités ne jouent pas sur la qualification d'une responsabilité, mais au contraire sur sa disqualification. Il faut donc relativiser largement la portée démonstrative de leur exemple. Dans les textes, rien d'autre ne semble confirmer l'hypothèse selon laquelle la responsabilité ne se détermine dans la famille qu'eût égard à une situation affective donnée. Mais en se penchant sur les interprétations de l'élément intentionnel du délit ou du crime, cette dimension resurgit.

¹⁰²⁹ Article 242 du Code civil : « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. »

¹⁰³⁰ Article 207 alinéa 2 du Code civil : « 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. »

¹⁰³¹ Sur les immunités, cf. *supra*. p. 96 et s.

748. Mais cet excès ne peut qu'être celui d'un manque lorsque l'affect est en jeu dans la famille. C'est par là que l'abus de droit fini de se renverser exactement, lorsque la responsabilité concerne des relations familiales, et c'est par là qu'il sera possible de trouver une voie de dépassement des impasses, dans lesquelles on se fourvoie depuis quelques temps avec peut-être un peu de facilité, et qui tirent du constat de l'engagement possible d'une responsabilité familiale l'existence d'un droit à la famille « normale »¹⁰³². L'excès dont il a été question ne peut s'adosser à aucun droit qui serait préexistant. En effet, l'abus existe ici dans la non-réponse à un devoir. Il n'y a que lui qui soit en mesure d'exister d'abord. Conformément à ce qui a été posé plus haut à l'encontre de la reconnaissance de droits subjectifs, la responsabilité engagée dans la famille n'a d'autre sens que de condamner un manquement, mais seulement s'il devient excessif, à un devoir.

Ce devoir, à cause de la relation affective qui unit en principe les membres de la famille, est suffisamment essentiel pour que la forme qu'il adopte en droit demeure toujours rétive à toute abstraction. Qu'il soit celui des alliés ou des collatéraux, ou bien celui des ascendants et des descendants, le devoir familial ne peut être compris sans référence à la relation concrète et affective dans laquelle il se manifeste. Sans doute est-ce justement à cause de ce caractère spécifique du devoir qui unit les membres d'une même famille que l'on a cru pouvoir plus simplement reconnaître un droit, bien qu'aucun de ces droits reconnus, à tort et bien inutilement, ne se révèle plus apte à la définition *a priori*.

749. La présence d'un devoir s'impose, qui n'acquiert sa forme que dans le concret, et dont le manquement n'est sanctionné par la responsabilité juridique que s'il est excessif. Qui plus est, ce devoir ne trouverait aucun droit en face de lui, ou en tous cas aucun « droit familial » qui soit propre à ce cadre. Puisque ce devoir apparaît, dans son contenu, comme impropre à la définition abstraite des éléments qui le composent, on pourrait bien rapidement exclure son analyse, au moins pour les aspects juridiques qu'elle ne pourra emporter si l'on ne sait au juste ce qu'il contient. C'est ici justement que l'élément affectif, tel qu'il a été circonscrit, peut être éclairant : le lien qui unit les membres de la famille est affectif et concret avant de devenir juridique. Le devoir, juridique, qui existe et qui explique que la

¹⁰³² Voir toutefois une autre piste de résolution qui admet un droit subjectif familial et qui repose pour ce faire sur une distinction entre les droits fonction et les droits égoïste, qui est ouverte par Alain POUSSON, « Le non exercice fautif d'un droit subjectif », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, P.U.S.S.T, 1996., p. 563 à 594.

responsabilité puisse être engagée, est irrémédiablement marqué par le devoir affectif qui préexiste. Contrairement à ce qu'a soutenu Zalewski en parlant de « gratuité », le devoir ne devient pas juridique que parce qu'il n'est plus affectif¹⁰³³, ce qui reviendrait à nier la possible coexistence des deux ordres. Il apparaît justement qu'il devient juridique tout en conservant sa nature affective. L'oblitérer est ce qui conduit à ne plus le voir comme un devoir, mais à le réduire à un droit, qui appartiendrait aux membres de la famille comme un droit civique, ou comme un droit réel¹⁰³⁴.

750. Chacun des devoirs familiaux, ceux des époux, mais aussi ceux qui sont attachés à la relation entre ascendants et descendants, ne pourrait être sanctionné par le droit sans la référence à la gravité de son manquement parce que l'affect imposerait que le comportement simplement dommageable soit dans une certaine mesure accepté, voire pardonné. L'exemple de l'abus de droit de contester la filiation paraît à cet égard révélateur.

II. LA CARACTERISATION DE L'ABUS DU DROIT DE CONTESTER LA FILIATION

751. L'attitude fautive consiste, non dans la contestation elle-même qui n'est soumise pour son admission à aucune condition particulière, si ce ne sont les délais de cinq ou dix ans selon la concordance de la possession d'état¹⁰³⁵, **ni dans la demande d'une expertise sanguine**, qui en elle-même ne saurait constituer une faute quand elle est considérée comme un droit en matière de filiation, **mais dans un abus du droit de contester.**

Il a été estimé par les juges que la contestation de reconnaissance n'avait pas pour but de lever les doutes que pouvait avoir un homme sur la véracité de sa filiation, mais bien de

¹⁰³³Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoirs, et gratuité*, L'Harmattan, Condé-sur-Noireau, 2004, 452 p. nous avons déjà cité cette thèse à plusieurs reprises, et ne voudrions ici que contester le raisonnement qui fait du devoir familial un devoir qui aurait été « déchu » de sa gratuité première à mesure qu'il est entré dans le champ de ce que le droit sanctionne. Bien entendu, l'auteur n'emploie à aucun moment de référence à l'élément affectif. Nous nous permettons de tirer cette conclusion que dans la mesure où nous avons plus haut fait du don une illustration, ou même un archétype, de l'affect familial.

¹⁰³⁴Kant expose pratiquement un droit réel des époux l'un sur l'autre. Cf. Simone GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, 292 p.

¹⁰³⁵Articles 333 et 334 du code civil.

dénier un tel lien¹⁰³⁶. La jurisprudence exige ainsi que l'auteur d'une reconnaissance qui souhaiterait la voir annulée fonde sa requête sur des éléments propres, non à le faire douter de sa paternité, mais à la remettre en cause effectivement. L'abus viendrait donc de ce que l'objet de la contestation de reconnaissance ne serait pas respecté lorsque le père n'aurait agi que pour confirmer ou écarter des soupçons qu'il avait nourris sur la fidélité de sa compagne.

752. Reste à savoir quels faits pourraient être considérés comme suffisants pour ne pas caractériser l'abus de droit lorsque celui qui conteste est bien le parent, et il pourrait apparaître que sur ce point justement la jurisprudence ne permette aucune réponse évidente. Ou bien, la responsabilité de celui qui conteste sa paternité n'est pas engagée dès lors que l'on considère qu'il possédait des éléments sérieux sur lesquels fonder sa requête et exiger des expertises sanguines et qu'il n'a donc commis aucun abus de droit, mais alors il y aurait une incohérence entre cette irresponsabilité et l'admission du préjudice de l'enfant qui voit sa filiation contestée par son père, ou bien, sa responsabilité est bien engagée quelque soit les éléments dont il disposerait pour douter de sa paternité, parce qu'il est effectivement le père de son enfant.

Cette solution paraît être la plus apte à expliquer la faute de celui qui conteste abusivement sa paternité. En effet, l'abus pourrait, conformément aux applications de la théorie de l'abus de droit dans d'autres domaines, consister simplement dans le fait objectif qu'il est bien le père de l'enfant, en dehors de toutes considérations relatives à ses états d'âme particuliers. Cela s'inscrirait également logiquement dans la ligne tracée par les décisions qui ont été étudiées puisque le préjudice pourrait bien continuer à être caractérisé par le fait de voir sa filiation déniée par son propre parent. D'ailleurs, le fait que l'expertise sanguine ne puisse être utilisée dans ce cadre, sans engager la responsabilité de celui qui la demande, que pour démontrer l'absence de la filiation prend une place logique aux côtés de la jurisprudence plus récente qui ne cesse d'élargir les cas dans lesquels le juge peut invoquer un motif légitime de ne pas ordonner une analyse biologique¹⁰³⁷.

753. Les analyses sanguines pratiquées, révélatrices d'un doute, d'une défiance du père à l'égard de ses enfants, sont une atteinte à leurs sentiments filiaux, lesquels ont

¹⁰³⁶ Dijon, *op.cit.*

¹⁰³⁷ Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, janvier 2009-avril 2010 », in D. 2010, p. 1442. Pour un point de vue contra, voir Catherine HIGY, thèse préc., p. 255 et s., et p.324 et s.

besoin, pour être protégés, de passer par la théorie de l'abus de droit dont on ne peut ignorer les liens qu'elle entretient avec le devoir moral. Encore une fois, en matière de protection des affections, le regard du droit s'attache aux circonstances, à la situation concrète dans laquelle les acteurs sont placés. Le principe est toujours celui d'une liberté maximale dans l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, mais l'exception, toujours qualitativement déterminante, parfois quantitativement non négligeable, s'extirpe des conditions de vie concrètes dans lesquelles évoluent les parents et les enfants. Si l'abus de droit se détermine par rapport à l'objet abstrait d'un droit, il est également défini par un manquement concret aux exigences morales portées par ce droit en une espèce précise.

Ainsi, l'abus du droit de contester une filiation est, comme il a été possible de le voir dans l'affaire dijonnaise, caractérisé par le fait que la contestation intervienne pour soulager un faux soupçon au lieu d'être utilisée pour dévoiler une vérité certaine. Mais ce n'est là qu'une moitié du chemin qui peut conduire à la reconnaissance de l'abus du droit de contester, car, il faut encore que ce détournement abstrait de la contestation de filiation trouve une résonance concrète dans les circonstances de l'espèce : le père faute par abus de droit si encore les doutes qu'il a voulu écarter sont infondés.

Le soupçon ne semble odieux que s'il est vain¹⁰³⁸.

754. Il serait sans doute possible de comparer le cas de celui qui conteste abusivement sa parenté avec la situation de celui qui abandonne, pourtant sans qu'il soit question d'engager sa responsabilité civile, son enfant. Mais les rapports dans le lien de filiation sont en tout cas bien modelés par un affect qui est à la fois source de perturbation et apte à suggérer une autre régulation.

Il en va de même dans les liens du couple.

¹⁰³⁸ Voir *supra* sur le crime passionnel dans le couple.

Sous-section II. DEMONSTRATION DE L'IMPOSSIBILITE D'UN DROIT A LA NORMALITE FAMILIALE DANS LE COUPLE

755. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, de nombreuses décisions ont été rendues, qui reposaient non pas seulement sur le respect de la vie familiale, mais **sur un « droit à une vie familiale »**¹⁰³⁹. l'existence d'un tel droit n'est pas sans soulever des interrogations. D'abord parce qu'au fond la question est toujours bien de savoir si la famille, ou même le couple, peut être visé par le droit directement ou bien si ce ne sont toujours que ceux qui composent le groupe qui le sont¹⁰⁴⁰. Ensuite, et cette seconde question est une conséquence logique de l'indétermination de la première, l'on doit se demander s'il n'est pas en vérité impossible de fixer un tel droit dès lors que les intérêts de chacun des membres de la famille paraissent devoir s'opposer. Même sans évoquer les conflits potentiels entre droit de l'enfant à connaître son origine et droit de la mère à conserver l'anonymat, dans le couple déjà, le droit « au mariage » des uns, ne peut que s'opposer déjà au droit « au divorce » des autres. Les droits subjectifs, considérés à l'intérieur de la famille, ou bien entre les membres d'une même famille mais portant sur la famille entière, paraissent relativement inadaptés aux exigences propres de ce type de rapport humain.

756. Ces questions pourtant pourraient n'être liées qu'à des malentendus, que l'affect éclaire. En effet, pour le couple au moins, mais *a fortiori* dans la famille, les critères de l'objectif et du subjectif se trouvent fragilisés (Paragraphe 1). De là, la reconnaissance d'un droit subjectif du couple, marqué de surcroit du sceau de la normalité, ne peut être admise à partir de la seule intervention dans ce champ de la responsabilité (Paragraphe 2).

¹⁰³⁹ Jean-Jacques LEMOULAND et Monique LUBY (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Actes du colloque du 30 juin 2006 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Dalloz, Paris, 2007, 93 p.

¹⁰⁴⁰ ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, Lonrai, 2013, p. 111.

Paragraphe 1. Objectivisme et subjectivisme dans la responsabilité conjugale

757. Lorsque les liens du couple sont ceux au sein des quels la responsabilité intervient, l'affect est bien une matière première. C'est sur lui que la relation s'est fondée d'abord comme engagement de deux personnes l'une envers l'autre, mais c'est sur lui également, parce qu'il a été troublé, que se règle la réponse exigée. Il apparaît qu'en tant que cause alors, l'affect permet de concevoir que l'une des difficultés particulière de la compréhension du couple repose peut-être sur un malentendu dans le partage de l'objectif et du subjectif (I) et que c'est un regard à la situation précise du couple dont on engage la responsabilité qui est à même de résoudre cette difficulté (II).

I. CAUSE MATERIELLE AFFECTIVE ET MESUSAGE DU PARTAGE DE L'OBJECTIF ET DU SUBJECTIF

758. Par cet exemple des problématiques réelles qui existent dans la détermination de ce qui relève de l'erreur et de ce qui relève de la faute dans le couple, c'est **toutes les distinctions entre l'objectivisme et le subjectivisme qui se compliquent**¹⁰⁴¹. Mais cette complexité elle-même semble être justement ce qui pourrait singulariser le rôle de l'élément affectif dans le droit de la responsabilité. En effet, la radicalité de la subjectivité dont il émane le rend pour ainsi dire objectif.

Ces dénominations sont imparfaites parce qu'une véritable confusion s'opère entre ces deux pôles de la pensée dans la sympathie, et la difficulté tient justement pour le droit à pouvoir saisir cette réalité.

De même les frontières connues entre idéalisme et réalisme sont mises à mal par l'étude de la responsabilité qui est intrinsèquement liée à l'élément affectif existant entre la victime et l'auteur du dommage, car enfin la réponse attendue en droit nécessite

¹⁰⁴¹ Cf. Aymerci D'ALTON., *La critique de l'objectivisme dans la philosophie du droit du XXème siècle*, thèse de doctorat dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, 443 p.

essentiellement un système de contrepartie qui ne peut que relever de la fiction, et d'une Idée de l'équivalence de deux termes sensiblement impondérables. Ainsi, comme dans la pensée platonicienne¹⁰⁴², le monde sensible participe au monde intelligible, mais cette participation ne saurait être ici unilatérale, puisque la détermination des contreparties que peut établir le droit repose à son tour sur certains éléments qui appartiennent à l'ordre du sensible.

L'élément affectif sympathique est réel dès avant qu'en soit formée l'Idée, en tant que sa singularité est universelle¹⁰⁴³. Ses multiples apparitions ne s'opposent pas à son essence qui n'a de sens que si elle permet la profusion de ses expressions, précisément irréductible à une objectivité « pure ». En universalisant, le droit fixe pourtant des valeurs évaluables objectivement, mais en tenant compte des subjectivités en cause. Ainsi, chaque catégorie se trouve obligée de participer immédiatement à l'autre.

759. Lorsque l'affect est la matière première et isolable sur laquelle la responsabilité se greffe, il apparaît que l'objectif et le subjectif ne peuvent avoir strictement la même portée que dans des domaines du droit dont les implications sont moins personnelles. Mais encore, la matière affective suppose l'appréciation de la situation concrète dans laquelle elle se manifeste.

II. CAUSE MATERIELLE AFFECTIVE ET REUNION DE L'OBJECTIF ET DU SUBJECTIF DANS LA SITUATION CONCRETE

760. Finalement, il apparaît que **l'appréciation de l'élément affectif** dont on tirera une responsabilité qui peut être qualifiée de constitutive dans le couple dès lors qu'elle est à la fois statutaire et « personnelle », **dépend concrètement d'un objectif qui est prosaïquement la situation légale du couple, mais qui est ontologiquement la valeur qui**

¹⁰⁴² PLATON, *République*, VII. Cependant ce qui fonde son idéalisme repose en partie sur le fait que pour Platon, la réalité du monde sensible ne peut provenir que sa participation au monde intelligible, et en cela nous ne le suivons pas, justement parce que l'élément affectif nous semble réel dans sa multiplicité même, avant sa Forme ou son Idée.

¹⁰⁴³ Cf. Jean-Marc TRIGEAUD sur le concept inventé par lui d'universel singulier ici appliqué au cas bien particulier de la sympathie expliquant la responsabilité dans le couple. Le concept d'origine est donc nécessairement légèrement biaisé par cette application particulière qui en est faite. Cf. Joseph MOREAU, *Réalisme et idéalisme chez Platon*, Paris, P.U.F, Nouvelle encyclopédie philosophique, 1951, 135 p.

lui est attribuée dans l'ordre normatif du droit, et d'un subjectif : la situation du dommage et de la faute, qui appartient à un multiple incompressible d'êtres.

L'opposition entre l'objectif et le subjectif, entre le général et le particulier, dont on ne peut extirper le droit, acquiert une valeur particulière parce que l'élément affectif intervient directement sur la responsabilité.

761. En effet, un double mouvement par lui suivi traverse ce mécanisme, puisque **l'objectif de la situation du couple a pour cause**, morale et juridique, **un subjectif radical d'ordre sentimental**, et puisque, cela paraîtra peut-être moins évident, le subjectif de la situation du dommage atteint l'objectivité par le jugement déclaratif¹⁰⁴⁴ de responsabilité même, qui s'opère par sympathie.

Il s'agit de signifier par là le processus, selon lequel une situation, au sens global cette fois, qui est aussi une situation juridique au sens que Julien Bonnecase¹⁰⁴⁵ lui avait donnée à la suite de Paul Roubier¹⁰⁴⁶, ne peut être jugée qu'en découvrant la valeur à protéger par l'association d'un réel donné, pour lequel on éprouvera de l'empathie à un autre réel cette fois abstrait qui provoquera de la sympathie¹⁰⁴⁷. Sans faire de l'objectivisme un subjectivisme objectif, la sympathie permet de faire coïncider ces deux pôles de raisonnement entre lesquels le droit est toujours écartelé¹⁰⁴⁸.

Paragraphe 2. L'impossible émergence d'un nouveau droit subjectif à la normalité dans les relations de couple par le jeu de la responsabilité

762. De la définition réaliste de l'affect découle l'impossible reconnaissance d'un droit subjectif à la normalité pour les membres du couple. Même sans revenir sur les

¹⁰⁴⁴ S'il est bien déclaratif, c'est parce que la responsabilité préexiste dans le couple. Elle se réalise dès l'engagement de l'un envers l'autre, et dans sa plénitude compte tenu du fait que l'engagement du mari ou de la femme n'est pas celui du concubin ou de la concubine. Nécessairement alors, l'intervention du juge ne peut être qu'une reconnaissance de responsabilité, qui contraint celui qui y a manqué à s'y soumettre.

¹⁰⁴⁵ Julien BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain*, E. de Boccard, Paris, 2^{ème} édition, 1928, 343 p.

¹⁰⁴⁶ Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, [1963], 451 p

¹⁰⁴⁷ Cf. *supra*. introduction.

¹⁰⁴⁸ Aymerci D'ALTON, *op. cit.*

difficultés qui existent bien pourtant à définir une quelconque normalité en la matière¹⁰⁴⁹, il peut exister un obstacle de fond à l'assimilation de la vie conjugale à un droit (I). Il est ensuite possible de relever qu'il n'est pas pertinent en observant le couple, de tisser ici les mêmes liens qu'ailleurs entre engagement d'une responsabilité et reconnaissance, ou émergence, d'un nouveau droit subjectif (II).

I. L'ASSIMILATION CONTESTABLE DU COUPLE AU RANG DES DROITS DE LA PERSONNALITE

763. La liberté d'aimer ne peut être assimilée à un droit d'aimer (A). En deçà même du non sens d'une telle assimilation pourtant apparemment opérée parfois, il serait de toute façon bien difficile de découvrir ce que pourrait contenir un tel droit, et à qui en adresser la réclamation (B).

A. D'une liberté familiale et sentimentale à la revendication d'un droit subjectif

764. Le droit au bonheur, voire même un droit au bonheur à deux¹⁰⁵⁰, comme droit de la personnalité tendrait à s'imposer comme but ultime du couple, marié ou non. Loin d'être cependant la révolution présentée comme la matrice de toutes les difficultés que rencontre l'hymen, le bonheur est en tant que tel l'un des buts de toujours que s'assignent les Hommes, et le fait qu'il passe par le partage d'une vie avec un autre relève du leitmotiv et non pas d'une lubie contemporaine. Il est vrai que l'individualisme conduit pour partie à ne plus

¹⁰⁴⁹ Cf. *supra*. p. 232.

¹⁰⁵⁰ Nombreux sont désormais les couples à appeler de leurs vœux reconnaissance sociale et juridique, sans vouloir pour autant accepter de se placer sous le même « joug ». Ce qu'il faut remarquer, c'est que cette reconnaissance apparait comme une condition à l'épanouissement à la fois personnel et marital d'une part.

Et d'autre part, au-delà même de ce besoin qui, du reste, peut sembler sous certains aspects légitime, comme l'a bien noté Stéphanie PONS dans une thèse consacrée à *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, éditée en 2007, on remarque que des couples même déjà pourvus de tous les atours de la légalité, mettent de plus en plus facilement en avant un véritable « droit à une normalité familiale », étudié dans le dernier chapitre de la thèse.

percevoir la famille en général et le couple en particulier, comme l'argile formant le soi au prix nécessaire de certains sacrifices, fournis au nom de la solidarité¹⁰⁵¹ et de la cohésion familiale, mais cela est vrai depuis le début du Code civil et peut-être même antérieurement¹⁰⁵² si l'on veut bien songer que l'individualisme est un courant qui traverse nos sociétés depuis plusieurs siècles déjà, peut-être en intensifiant son cours, mais non en changeant de nature.

Aussi, s'il peut bien conforter une recherche du bonheur de l'individu par l'individu lui-même, en contribuant à le faire passer au dessus de l'unité de la famille, il ne peut justifier les évolutions toutes récentes qui ont marquées le droit du couple. En outre, pour terminer de rejeter cette explication trop partielle, l'aspiration au bonheur est naturelle en l'homme dans un grand nombre de ses actes, et le fait qu'il y aspire également lorsqu'il s'unit à une autre personne ne semble pas non plus être une révolution inventée par notre XXIème siècle. Quand bien même on prétendrait que les changements notables actuellement sont le fruit de son évolution, il faudrait déterminer en quoi le bonheur pourrait évoluer et donc correspondre de nos jours à des valeurs ontologiquement distinctes de celles qui lui importaient dans l'Antiquité. Cela paraît impossible.

765. Ce qui, en revanche, peut être plus neuf, c'est que ce désir tend à passer par la reconnaissance d'un droit subjectif, qui dès lors ne peut que se constituer sur un rapport à la norme, dont le tort est d'être assimilée, à force de positivisme acharné, à une « normalité » ; comme si le fait d'être « normal » pouvait conduire au bonheur, et comme si surtout le droit pouvait imposer une normalité dans l'acte d'amour. Le problème ne provient pas alors de l'objet que le droit se propose, mais bien de la réduction de la normativité à la normalité, qui elle-même se trouve définie par un quantitatif insupportable, ne laissant plus aucune place dans le fondement de la responsabilité juridique, ni à la sympathie qui unit les membres du couple, ni à celle qui s'exerce à l'extérieur de cette unité.

Le fait de qualifier de « normale » une relation aussi intime que celle qui peut exister entre deux êtres apparaît étrange, si ce n'est choquant, dès l'instant que le juridique ne peut

¹⁰⁵¹ La solidarité n'est bien sûr pas réduite alors à celle que connaît le juriste, elle est avant tout une solidarité morale. Sur ce point, voire GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, Albert Fontemoing éditeur, 1904, 621 p. consulté sur <http://www.gallica.fr> Mais plus généralement, c'est une évidence mise en lumière par la quasi-totalité des auteurs qui ont écrit sur le mariage. La chose est moins entendue pour le PACS et le concubinage où une telle solidarité est sans doute sujette à nuances, mais elle ne peut néanmoins être complètement niée dès lors que deux personnes *partagent* leur vie.

¹⁰⁵² Chez Jean DOMAT déjà.

avoir qu'un droit de regard limité sur cette sphère hautement privée de la vie de chacun. C'est ainsi que l'on préférerait récemment encore en la matière la normativité à la normalité.

À en croire le célèbre mot de Roubier, l'accroissement du poids de cette dernière doit être interprété comme le signe d'une crise du droit¹⁰⁵³, et pour ce qui est justement de son intervention sur la famille, force est bien de constater que cela fait plusieurs décennies déjà qu'une telle période de turbulences est dénoncée, sans que l'on puisse apparemment y remédier.

B. Recherche sur le contenu d'un tel droit subjectif

766. Il est possible de postuler un instant que l'on assiste actuellement à la reconnaissance d'un tel droit subjectif. Il faudrait alors, pour démontrer cette hypothèse, poser les principes considérés comme déterminants de la découverte des droits subjectifs en général, avant de montrer que de tels principes régissent également le droit objectif.

Une théorie classique veut qu'un droit subjectif nouveau naisse sur les bases d'un régime construit empiriquement à partir des règles de la responsabilité civile délictuelle¹⁰⁵⁴. Cette naissance ne pouvant avoir lieu, selon les recherches de Dabin, que s'il est un bien dont l'appartenance et la maîtrise seraient entre les mains de celui qui exerce le droit contenant ce bien¹⁰⁵⁵. Si une telle condition est remplie, ce qui ne va pas de soi en matière d'affection familiale¹⁰⁵⁶, la théorie classique postule que, puisque les juges font peser le poids des

¹⁰⁵³ Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, [1963], 451 p

¹⁰⁵⁴ Voir par exemple, Tristan AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* avril/juin 2007, p.227 à 251. Mais cet article reprend des théories plus anciennes, élaborées notamment par Jean DABIN, pour qui l'article 1382 permettait d'absorber ou même de contre dire des catégories préexistantes du droit.

¹⁰⁵⁵ Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2007, [1952], 313 p. Pour Dabin, le droit subjectif a deux aspects, un peu à la façon de ce qui avait été dégagé par Ihering. Il comporte un aspect d'appartenance (« Tout droit subjectif suppose un bien ou une valeur liée au sujet-personne par un lien d'appartenance, d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est *sien*. », *op. cit.* p. 80-81), et un aspect de maîtrise (« Parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle, il en est le maître. L'aspect subjectif succède à l'aspect objectif. L'appartenance était attribut de la chose, reliée au sujet par le lien d'appartenance ; la maîtrise est l'attribut du sujet relativement à la chose « appartenante » et, à ce titre, assujettie », *op. cit.* p. 87). Voir sur Jean Dabin, Aurélien DUPEND, « Philosophie et théorie du droit naturel chez Jean Dabin », *Thèmes*, revue de la B.P.C, IV/2011, mis en ligne le 19 septembre 2011, <http://www.philosophiedudroit.org/dupend.%20jean%20dabin.htm>

¹⁰⁵⁶ Ici encore, Dabin peut être d'un grand secours dans la mesure où il admet lui-même que l'estimation de la valeur en jeu dans la responsabilité familiale, préalable à l'avènement efficace d'un droit subjectif en la matière, ne peut se faire sans peine. *Op. cit.* p. 221 et s.

conséquences d'un acte sur son auteur plutôt que sur la personne qui en est victime¹⁰⁵⁷, c'est qu'ils admettent que cet acte introduit un déséquilibre qu'il faut compenser.

Or, la distinction traditionnelle entre justice commutative et justice distributive ou sociale¹⁰⁵⁸, révèle que d'une part la réparation est due en raison d'un déséquilibre objectif, mais d'autre part celui-ci ne peut exister que si l'on a préalablement constaté un déséquilibre subjectif entre ce qui revient à chacune des personnes mises en présence d'un tel mécanisme de responsabilité. Ainsi, en dehors de la considération qui peut être faite d'un manquement à une obligation préexistante, si un homme doit répondre de l'acte qu'il aura commis et qui aura causé tort à un autre, cela signifie alors qu'il le doit parce qu'il a retranché à l'autre une partie de son dû, que celui-ci ressorte de son intégrité morale ou physique ou même patrimoniale. La soustraction opérée par l'action de l'auteur ne se réalise qu'à la condition que quelque chose ait existé auparavant, matériellement ou en l'occurrence potentiellement, à savoir un droit.

L'application d'un tel raisonnement au champ spécifique des relations de couple implique nécessairement que le droit alors bafoué soit un droit de la personnalité¹⁰⁵⁹, mais au-delà de cette évidence, d'importantes divergences peuvent surgir entre les principes applicables à l'analyse des droits subjectifs en général et ceux qui semblent gouverner le « droit à l'accès à un statut normal de couple ».

¹⁰⁵⁷ Ce sont exactement les règles du transfert mises en lumière par Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité, Etudes sur la pensée juridique*, P.U.F., Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, 1947, 544 p. Cette idée semble exprimée avec une clarté particulière lorsque Léon Husson affirme que la responsabilité civile « apparaît comme consistant essentiellement à transférer par une intervention volontaire, qui modifie le cours brutal des événements, la charge d'un dommage de la personne qui l'a subi directement, en vertu des lois physiques, biologiques, psychologiques ou sociales, à une autre personne, qui est considérée comme devant la supporter » (c'est l'auteur qui souligne) p. 329. Plus loin on retrouve encore l'affirmation : « En son sens le plus général, elle n'est autre chose, disions-nous, que la substitution d'une répartition des dommages conforme à l'équité à la répartition brutale qui résulte du jeu des lois naturelles, par le transfert sur une autre personne de la charge qui pèse sur la victime » p. 341.

¹⁰⁵⁸ Sera laissée de côté pour ces développements la justice légale ou générale introduite par les scolastiques car elle apparaît moins significative en la matière

¹⁰⁵⁹ Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, Paris, Litec, 2013, 1500 p.

II. L'ASSIMILATION CONTESTABLE DES MECANISMES DE LA RESPONSABILITE ET DE L'EMERGENCE D'UN NOUVEAU DROIT DANS LE COUPLE

767. Par un raisonnement a contrario, il faut reconnaître en effet que si les règles de la responsabilité fonctionnent, c'est parce que l'on aura admis que les membres de ce couple avaient subjectivement le droit d'exister dans la société en tant qu'unité spécifique, et de se voir protégés par son système juridique, et donc que ces derniers doivent répondre de la dévalorisation qu'ils lui auront infligé.

Selon ce raisonnement, ce n'est plus alors à partir des reconnaissances successives de l'existence d'une responsabilité qu'un droit subjectif de la personnalité devient peu à peu autonome, mais au contraire parce que l'on affirme positivement l'avènement d'un nouveau droit que l'on construit un système de responsabilité propre. La jurisprudence de ces dernières années est sur ce point par exemple révélatrice. Il existe une tendance à la reconnaissance de plus en plus large de la légitimité des aspirations à un statut de la normalité, qui sont portées par différentes catégories de couples considérés jusqu'alors comme marginaux¹⁰⁶⁰.

768. Il faut donc éclairer les rapports de la responsabilité et du droit subjectif sous l'angle de deux distinctions qui valent au moins pour le cas spécifique de la responsabilité familiale, et plus spécifiquement encore dans le couple : il est nécessaire de distinguer d'une part le mécanisme de la responsabilité lui-même de l'idée d'une nécessaire « normalité » (A),

¹⁰⁶⁰ CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf contre Autriche, cons. 90. Sur ces questions, ce sont en effet les juges européens qui se sont trouvés le plus souvent en première ligne, notamment lorsqu'ils ont pris des décisions touchant au point délicat de l'union homosexuelle. Il faut souligner en outre, comme a pu le faire Hugues FULCHIRON dans la note qu'il a consacrée à cette décision, que le point de savoir si il y avait en l'espèce discrimination sur le fondement de l'article 14 de la Convention n'est pas tranché. Cela semble corroborer l'hypothèse émise selon laquelle la normalité est sur ce point au moins détachée de ses origines axiologiques, le refus de déterminer l'existence ou l'inexistence de discrimination marquant bien le refus de placer sur une échelle des valeurs ces situations de couple. Cette décision reconnaît que les couples homosexuels ont le droit d'accéder à un certain statut social ainsi que de se prévaloir d'une vie familiale, et qu'à ce titre une certaine protection doit leur être offerte par le droit. Pour la cour néanmoins, le PACS remplit cette fonction et le droit au mariage, lui-aussi nouvellement accepté dans la famille des droits de la personnalité garantis par les plus hauts textes de protection des droits de l'homme (On songe évidemment à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme protégeant la vie privée et familiale, sur le plan duquel les partenaires de même sexe ont désormais le droit de placer leur défense, mais également à l'article 9 de la Charte Européenne des Droits de l'Homme qui pose le droit de se marier sans introduire de distinction quant au sexe des futurs époux, contrairement à ce qui est prévu par l'article 12 de la Convention). En poussant au bout cette logique, il faudrait aboutir au constat qu'il existe un droit de se marier distinct du droit de se PACSer ou de celui de vivre en concubinage.

et d'autre part l'existence de ce cadre normatif d'une « anormalité » qui lui serait forcément corrélative (B).

A. Responsabilité et fixation d'un cadre « normal » : relation non automatique

769. L'idée qui s'impose alors est bien celle qui veut que la normalité ne soit plus que formelle, et c'est en cela qu'elle ne peut réellement guider le droit. Aussi bien pourrait-on appliquer à la distinction qui existe entre la norme, dans tout ce qu'elle a de complexité mêlant le donné¹⁰⁶¹ et le construit d'une part, et le normal d'autre part, dans l'acception restreinte qui semble être celle retenue pour fonder les critères de la reconnaissance des couples, celle qui existe entre la forme telle qu'elle a pu être définie par Aristote, comme structure d'un objet, et le simple aspect extérieur de cet objet.

770. Une seconde preuve d'une distance qui est prise dans la construction du droit subjectif nouveau à une reconnaissance en tant que couple par rapport au cheminement classiquement suivi par les droits subjectifs émergents vient appuyer la première remarque formulée. Un bouleversement s'opère ici qui n'advenait pas lors de l'émergence d'autres droits subjectifs : dans ce cas précis, la normalité n'est qu'entendue statistiquement, en dehors de toute possibilité de jugement de valeur et semble donc au fond manquer son but véritable de tous côtés. Cette idée, étroitement liée à la précédente puisque c'est elle qui en est l'explication, paraît fondamentale pour la compréhension de la responsabilité en tant qu'elle constitue le couple d'une manière qui, si elle n'est pas en soi nouvelle, correspond néanmoins à un changement dans le sens de cette institution qu'est la vie à deux. La recherche du bonheur, ou du moins d'un épanouissement individuel est souvent dénoncée aujourd'hui comme le but auquel il faut imputer ces transformations¹⁰⁶², que chacun

¹⁰⁶¹ Là encore cf. la pensée de HUSSON qui avait admirablement retranscrit le donné dont le juriste a à traiter, puisqu'il a mis en évidence la subtilité de ce concept a priori simple, voire simpliste, qu'il serait aisé de réduire à un réel brut observable presque passivement. En effet, en plusieurs endroits dans son ouvrage, il précise que le donné ne se réduit pas à sa forme extérieure, et que particulièrement en matière de justice, il pose un problème à la vie sociale qui est à la fois perçu et résolu par le jeu d'un jugement de valeur. Il indique notamment que la justice est « sentie » avant d'être « pensée ». cf. les chapitres entiers que l'auteur a consacré au donné et à l'expérience juridique, opus précité, notamment p.382 à 437.

¹⁰⁶² Cf. *supra*. p. 493.

present, dès lors que l'union de deux êtres ne serait alors plus perçue que comme un moyen parmi d'autres destiné à accomplir ce complexe dessein.

771. Aussi le romantisme juridique qui se trouve désigné à demi-mots comme coupable des problèmes que rencontre actuellement le mariage n'en est-il pas un. Il pourrait s'agir bien plutôt d'un positivisme dénué de tout encrage onto-axiologique, dont l'une des conséquences logiques est de creuser un espace entre les intentions législatives et les expériences vécues de chacun.

Par exemple, de nombreuses lois aspirent ouvertement à « dédramatiser » les procédures engagées entre époux, pendant ou surtout à la mort de leur histoire, ce qui revient à poursuivre une chimère puisque le drame existera toujours lorsque deux personnes qui se sont aimées se quittent.

772. Or, la recherche d'un tel objectif conduit invariablement à vouloir banaliser le mariage en essayant de l'aborder comme une collaboration plus ou moins longue en plusieurs points assimilable à celle qui pourrait exister entre inconnus. Mais une telle assimilation étant matériellement et intellectuellement impossible dès lors que la vie commune n'implique pas un lot précis d'obligations particulières que chacun aurait à remplir, mais un devoir général qui porte sur la personne et non sur certains de ces attributs, le législateur a tenté une voie médiane qui dénude apparemment la responsabilité entre époux de toute gravité¹⁰⁶³. Loin de nier qu'en aval de cette conception a-sentimentale de la fin du couple il y ait un impératif de pacification des relations entre époux au moment du divorce, il faut pourtant accepter de dire qu'il est une chose sérieuse, et qu'à ce titre le droit arbitre, mais ne peut pas le faire sans égards minimums pour les émotions humaines qui sont en jeu, pour les êtres au-delà des avoirs à partager.

Les remarques formulées sur les modalités d'engagement *a priori* de notre responsabilité pour et envers un autre semblent ainsi conduire à l'idée que les buts sont manqués d'abord en ce qu'ils ne sont pas identifiés justement, d'autres sont poursuivis qui lui sont contraires et qui heurtent le réel.

¹⁰⁶³ Faut-il à ce propos rappeler que justement le doyen Carbonnier affirmait que le mariage était grave, sérieux, parce que la mort n'était pas absente de cet engagement, qu'il désignait également sur la base de ce constat comme sacré ? cf. « Terre et ciel... », Article précité.

773. Mais en quoi la place et le sens pris par la notion de normalité pourraient-ils alors être intrinsèquement liés à ces erreurs ? Puisque le couple « normal » obtiendra le droit subjectif de revendiquer et de faire vivre sa normalité, la reconnaissance de la responsabilité en son sein dépend de son identification à une certaine situation sociale prédéterminée, envisagée comme modèle à suivre. Cependant, la forme est vidée de sa matière si elle n'est plus associée à sa signification. Le modèle sans la conscience de la valeur et de sa fonction normative ne devient plus qu'un schéma que l'on suit sans savoir pourquoi, comme une simple obligation purement hétérogène, à laquelle on ne croit pas vraiment, et qui fini donc par prendre des allures d'absurdité. En outre, il est particulièrement saillant que dès lors qu'un couple, parce qu'il est considéré comme normal, aura la possibilité de revendiquer son droit à la normalité¹⁰⁶⁴, les acceptions de la norme sont brouillées dans leur principe même. Mais alors, c'est à la remise en cause de toute possibilité réelle d'invoquer jamais un quelconque droit à la normalité que le raisonnement conduit. Ce n'est plus seulement dans le domaine de l'intime familiale et sentimentale que ce droit subjectif serait dépourvu de sens, mais partout où il pourrait être appelé.

B. Distinction salutaire de la détermination d'une normalité et de la reconnaissance d'une anormalité

774. Dans le domaine des obligations qui unissent le couple et que la responsabilité sanctionne, le normal joue pourtant un rôle qu'il n'avait pas auparavant, quoique celui-ci soit peut-être moins lourd de conséquences qu'il ne l'est lorsqu'il influence la constitution juridique d'une alliance. En effet, les critères utiles à la détermination du manquement à une obligation légale, dans le cas du mariage ou du pacs, ou à une obligation définie *a posteriori* par les juges s'il a trait au concubinage, se trouvent marqués du sceau de la normalité, mais celle-ci ne correspond pas alors, comme dans l'exposé précédent, à une donnée statistique, mais bien à une tentative d'équité par l'évaluation de ce que chacun peut faire dans le respect d'un devoir-être minimum. La responsabilité juridique se trouvera alors

¹⁰⁶⁴ Pour une application au niveau européen de cette notion de « vie familiale normale », dont est justement refusé l'aspect concret, au profit d'une appréciation abstraite de la réalité sociologique destinée à vérifier la proportionnalité de l'atteinte à cette normalité, voir CEDH, 22 juin 2004, Pini et Bertrani et Manera et Atripaldi c/ Roumanie, *Dr Fam*, septembre 2004, n°41, décembre 2004, n°30, Adeline GOUTTENOIRE, Pascale SALVAGE-GEREST

engagée toutes les fois que ce minimum à accomplir ne le sera pas, et lorsque cette carence aura engendrée des faits dommageables à celui ou celle qui partage la vie de son auteur.

En cela, le rattachement est possible avec ce qui fonde d'ordinaire toute responsabilité juridique, puisque celle-ci a pour objectif immédiat d'imposer une réponse à une obligation qui est alors par définition bafouée. Ce constat emporte pourtant un sens spécifique en droit du couple. Si le droit accepte de garantir un seuil en deçà duquel il est impossible d'aller dans les relations personnelles que constituent celles qui lient deux personnes, il instaurerait par là même un droit à se prévaloir d'un minimum d'affection, puisque que c'est bien à cela que reviennent, semble-t-il, les devoirs nés de l'attachement de deux êtres.

775. Deux sortes d'implications doivent alors être relevées : d'une part en ce cas il faudrait bien relever la présence d'un droit subjectif, mais ce dernier n'aurait rien d'essentiellement nouveau, et d'autre part surtout la responsabilité serait bien constitutive du couple en ce qu'elle est consubstantielle à cet attachement. Plus clairement, deux personnes s'engagent l'une auprès de l'autre en partageant sa vie quotidienne, qu'elles rendent ou non ce partage officiel, et se faisant elles sont garantes de l'attitude qu'elles adopteront dans cette union. D'une certaine manière c'est au moins l'engagement de considérer ce lien comme précieux qui est pris.

La « foi conjugale », pour laquelle Aristote¹⁰⁶⁵ déjà notait qu'elle devait susciter un attachement « égal » de la part de l'homme et de la femme, semble ainsi, quoique l'on puisse en penser, être encore le point d'horizon que le droit garanti par le jeu de la responsabilité.

776. Mais par ailleurs, le seuil minimum en deçà duquel une certaine anormalité serait révélée a autre chose à apprendre à celui qui l'examine. En effet, le professeur Batiffol avait déjà noté que l'engagement de la responsabilité civile ne conduit pas en matière de relations affectives, comme cela est le cas dans d'autres situations, quoique de manière imparfaite, à la réparation d'un dommage. Au contraire même il marque la désunion ;

¹⁰⁶⁵ La notion est aussi bien présente dans les *Politiques* (livre VII, 1306 a 37) que dans l'*Ethique à Nicomaque* (1107 a 11-17, 1117 a 1-2, 1129 b 21, 1130 a 29, 1131 a 6, 1132 a 3-4, et 1134 a 19-22). Qu'Aristote se place en politologue ou en moraliste, il considère toujours le manquement à la foi conjugale comme un acte déshonorant. Ce constat est formulé à la suite de Constantin DESPOTOPOULOS, dans son article « Sur la famille d'après Aristote », *Réformes du droit de la famille*, A.P.D, Tome 20, Sirey, Paris, 1975, p. 71 à 87. Toutefois, il faut tout de même ajouter que cette atteinte correspond bien évidemment pour Aristote principalement à une infidélité, ce qui limite la portée de notre comparaison dans la mesure où le couple est protégé par la responsabilité à bien d'autres égards. La limite n'est cependant que minime dès l'instant qu'Aristote ne réduisait pas non plus les obligations de chacun à la fidélité comme l'attestent d'abord ses nombreuses instances sur la *philia* et ensuite ses remarques sur l'impossibilité de faire de la procréation le but de l'union humaine.

plutôt que le rétablissement de l'ordre, il marque la concession faite à un « désordre » auquel le droit ne peut rien¹⁰⁶⁶, voire dont le droit doit prendre acte pour permettre l'émergence d'un autre ordre. Sous ce minimum l'intervention de la législation civile est impuissante à imposer la continuation de l'union, mais elle peut néanmoins imposer une forme de respect de l'engagement pris, de la responsabilité prise par avance, au moment où le couple s'est formé¹⁰⁶⁷.

Outre ce premier sens de la « norme » dans l'appréciation des obligations de chacun des membres du couple, un phénomène nouveau est désormais remarquable et il semblerait que ce soit principalement par lui que l'union soit à présent envisagée d'une autre manière. Il réside dans l'idée que la notion de normalité corresponde également à un seuil maximum. En effet, on retrouve fréquemment l'idée que la responsabilité de l'un sera engagée envers l'autre parce que ce dernier aura excédé une contribution qualifiée de normale aux charges du ménage dans le cas de l'enrichissement sans cause, ou plus généralement parce qu'il aura dépassé le degré jugé « normal » d'assistance ou de soutien. Dans cette optique nouvelle, il faut remarquer que l'idée du don de soi qui préside en principe à la vie à deux et dont l'essence devrait être celle d'un innombrable, et partant d'un indéfini, change radicalement de face en devenant comptable, finie, mesurable.

777. Néanmoins, cette mutation est nuancée par deux phénomènes souvent ignorés des écrits qui en font état, notamment sur le mariage, mais sur le couple en général. D'abord les comptes sont rendus à la fin du couple et alors, si l'on peut questionner ce point en tant qu'il rend énumérable *a posteriori* et rétroactivement ce qui ne l'était guère, cela n'altère pas la qualité gratuite de l'engagement instigateur de l'union. Ensuite l'appréciation qui est réalisée lors de la séparation, l'est en grande partie à l'aune de l'attitude de l'autre, c'est-à-dire que chaque partie constitue d'une certaine manière la mesure de la responsabilité de l'autre. À l'excédent de l'un correspond impérativement la défaillance de l'autre, ce qui renferme le principe d'un équilibre non pas seulement mathématique¹⁰⁶⁸ mais encore

¹⁰⁶⁶ Henri BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *Réformes du droit de la famille*, A.P.D, Tome 20, Sirey, Paris, 1975, p.7 à 15. Batiffol étend cette remarque au-delà du couple en notant à juste titre que les choses se passent même ainsi pour ce qui concerne les manquements aux obligations qui unissent les ascendants et les descendants, à ceci près qu'alors la « désunion » connaît des degrés qu'elle ignore lorsqu'elle ne concerne que le couple.

¹⁰⁶⁷ Qui ne peut néanmoins jamais abolir la personne de s'en défaire, car cet engagement là n'est pas comparable à celui que l'on prend en matière économique par exemple. Cf. Jean-Marc TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, p. 189 à 202.

¹⁰⁶⁸ Il serait possible de noter ici que le caractère mathématique de la réparation civile tend à s'accroître notamment parce que les différentes réformes du divorce tendent à faire disparaître la faute pour la remplacer par

dépendant de la détermination de la part qui revient à chacun selon ce qui lui est dû. Cette responsabilité s'exprime donc forcément inter-subjectivement, la relation humaine précédant et dirigeant la relation juridique.

778. La nature de la responsabilité qui agit dans le couple se laisse entrevoir alors : elle prend, ici plus qu'ailleurs, la forme d'une réponse due, en vertu d'une cause matérielle affective, quand bien même l'acte passé en question n'aurait pu faire l'objet d'une quelconque responsabilité juridique qui lui aurait été contemporaine. Ainsi, quelles que soient les possibilités qui sont offertes aux couples de se quitter, le droit continue de se représenter l'union comme essentiellement pérenne, et, semble-t-il, il est en cela en accord avec le réel puisque l'affection de deux êtres humains ne peut jamais s'envisager sans se disqualifier comme un acte à durée déterminée.

Ce principe paraît se trouver au cœur des obligations essentielles qui existent pour les époux, et le faux critère de l'anormalité employé dans le sens d'un excès d'amour de l'un corrélatif au déficit de l'autre n'a de sens que rattaché à ce qu'il faut bien nommer un caractère « infini » du lien affectif qui unit le couple.

Le paradoxe de cette proposition s'estompe dès lors que l'excès n'existe que par rapport au manque. Sans lui, qui est à l'origine de la dislocation de l'entité que formaient deux personnes, l'affect resterait innombrable. Ainsi faudrait-il considérer que le principe auquel le droit se réfère demeure ce trait illimité, figurant le couple stable si souvent cité, dans lequel une division s'introduit qui l'oblige à faire les comptes.

779. Pour conclure sur les questionnements tirés de la place expansive prise par la normalité dans les jugements de valeurs portés sur les couples, **il faudrait sans doute relever que l'imprécision du terme ne suffit pas à camoufler ses véritables causes.** Reste que le droit gagnerait à se déterminer plus clairement sur ce qu'il accepte ou non comme couple et ainsi se passer de cette « normalité » qui, si elle demeure présentée comme une simple règle de majorité appliquée à l'élément affectif le plus intime, est une injustice profonde faite aux

une équivalence des patrimoines. Or, cette expansion est naturellement limitée au seul champ des relations patrimoniales et ne recouvre donc pas l'ensemble des obligations qui sont aussi éminemment personnelles au sein d'un couple. Par ailleurs, et plus précisément sur la prestation compensatoire, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit principalement lorsqu'on observe les tentatives récentes d'objectiviser les séparations, on doit continuer de remarquer que le jeu de l'article 271 du Code civil combiné au 270 permet aux juges de réintroduire la faute.

personnes. L'indécision du législateur à cet égard est, à n'en pas douter, une faille dans la légitimité du droit des couples aujourd'hui.

Par ailleurs, un dénouement partiel pourrait aussi être annoncé pour ce qui concerne les interactions de l'élément affectif, plus spécifiquement sympathique, et de la reconnaissance d'une responsabilité marquant aussi celle d'un couple. La sympathie avait bien été définie comme dépassant la simple subjectivité en tant que subjectivité radicale suscitée par une situation —objective, mais il s'agirait bien plus d'un lieu de rencontre immédiate entre l'objet et le sujet—, et comme le versant universel de l'élément affectif. Les liens qu'elle entretient avec la responsabilité constitutive du couple devraient s'avérer plus intelligibles, puisque les mécanismes de celle-ci ont été en partie explicités : en effet, la situation d'un couple ou celle du dommage qui survient dans ce couple sont ce que les critères usités par le droit cherchent à éclairer. Elles suscitent inmanquablement une réaction sympathique, qui est à la source d'un jugement de valeur, ce dernier n'étant alors pas foncièrement individuel, mais peut-être sociétal au sens où il devient un objet représentable.

780. Cependant, la vérification complète de cette thèse nécessite de mettre en perspective le couple, par le point de fuite que constitue la famille. Il est évident que cette réunion affective, morale et consanguine, se réalise en principe lorsque des enfants naissent de ce couple.

Section II. Définition réaliste de l'affect et émergence de nouveaux rapports entre la biologie et l'affection

781. En redéfinissant l'affect d'une façon réaliste, c'est-à-dire plus concrète et relative à un vécu qui est toujours pour le droit donné d'abord, **il serait possible de comprendre certains des enjeux qui se développent dans le rapport entre la biologie et l'affection.** En effet, à l'heure où la parentalité est proposée comme un modèle alternatif de la parenté, et où, parallèlement, la vérité biologique se trouve apparemment surinvestie par les développements de techniques scientifiques, les liens de filiations semblent devenir le support probable de tout un pan du droit de la responsabilité. L'engagement toutefois de responsabilités étant en ces cas nécessairement soumis à l'appréciation que font les juges d'une situation donnée, il se pourrait qu'un critère d'harmonisation soit découvert, par l'affect. Plus précisément, si l'affect est entendu comme un élément concret, il pourrait être présumé engagé lorsqu'une connaissance, ou plutôt une reconnaissance mutuelle existe entre la victime et l'auteur du dommage.

Par ailleurs, de cette interrogation portant sur les rapports de l'affect et de la biologie et créant de nouveaux cas de responsabilité, découle également un questionnement relatif à la solidarité familiale¹⁰⁶⁹. En effet, selon que le groupe familial est perçu comme un groupe de consanguins ou comme une communauté, la solidarité, qui intervient de façon incidente sur plusieurs responsabilités engagées dans ce cercle, ne concernera pas les mêmes personnes. Son fondement peut être éclairé par l'affect, à condition qu'il soit défini. Quant à la solidarité aussi, la question de la reconnaissance peut ne pas être inutile, en ce qu'elle donne un critère concret de l'évaluation de son existence, et peut-être de ces degrés. Car il faudrait encore voir que dans la famille, la solidarité est ambivalente, et porteuse soit d'une valeur positive, soit d'une valeur négative. Lorsque la notion d'ordre public familial¹⁰⁷⁰ est invoquée, elle renvoie

¹⁰⁶⁹ Cette thématique a été déjà rapidement suggérée dans les développements consacrés notamment aux maltraitances familiales. Cf. *supra*.

¹⁰⁷⁰ Le TGI de Toulouse avait ainsi rendu une décision sur ce fondement le 30 octobre 1995, n°301095. « Attendu que les juridictions de l'ordre judiciaire ont eu également, à de nombreuses reprises, l'occasion d'affirmer la prééminence d'u ordre public familial, basé sur les principes de la Convention européenne des droits de l'homme (art.5) ; que ce principe comporte en lui-même un ordre public affectif devant lequel la loi nationale doit s'effacer ; (...) ».

peut-être à cette solidarité qui est alors regardée soit comme un impératif normatif, soit comme une réalité concrète.

782. Ainsi donc, les rapports de la biologie et de l'affection dans la responsabilité qui s'exerce dans un groupe familial déterminé, se scinde en fait en deux séries de questionnements, dont la première est relative directement à la filiation et à son sens selon qu'elle est biologique ou adoptive (Sous-section I), et la seconde est relative plus largement à la solidarité qui opère dans la famille et aux ambivalences éventuelles de son rôle (Sous-section II).

Sous-section I. RECONNAISSANCE AFFECTIVE DANS LA RESPONSABILITE FILIALE

783. **Lorsqu'une responsabilité est engagée entre parents et enfants, la nature du lien qui les unit peut avoir une incidence.** Si la filiation est un lien humain pour lequel en principe le droit ne fait qu'intervenir pour lui donner sa forme, et ainsi l'institutionnaliser, elle peut être en fait soit biologique, soit d'une autre nature, « sociologique »¹⁰⁷¹ admet-on souvent, mais peut-être affective. Il est ainsi tout à fait classique de distinguer la filiation biologique d'une filiation dite « fictive », ou « élective »¹⁰⁷², qui se manifeste par l'adoption.

Or, quoique cette distinction soit classique, elle pourrait, dans la responsabilité, prendre un sens particulier relativement à l'affect, et à la reconnaissance qu'il implique entre les protagonistes. Parce que la responsabilité n'a qu'à tirer les conséquences d'une filiation déjà établie en droit, ou déjà constatée en fait, la question de la distinction du lien biologique et du lien affectif se pose sous l'angle de la réalité concrète d'une situation où elle s'exerce. Ce point de vue peut être original en ce sens qu'en principe, une fois la filiation justement vécue, elle devrait supposer que la biologie n'ait plus qu'une valeur secondaire, puisqu'un lien actuel a existé, ou bien parce que les personnes s'engagent en sachant qu'elles font fi de

¹⁰⁷¹ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} édition, Paris, 2009, n°655 et s.

¹⁰⁷² Claire NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997, I, 4067.

la biologie. La distinction des deux filiations pourtant ne s'efface pas totalement au moment où la responsabilité est mise en œuvre, et l'affect peut expliquer les façons dont elle réapparaît.

784. L'affect vécu dans le lien de filiation peut être exploité par la connaissance ou la reconnaissance qu'il implique entre parents et enfants. En effet, par la vie qu'ils écoulent ensemble, tout se passe comme si l'affection, dont on ne peut en droit pas appréhender tout le mystère, pouvait au moins se manifester par une forme de reconnaissance que chacun aurait de l'autre dans la place qu'il tient vis-à-vis de lui. La responsabilité est bien troublée en ce sens qu'elle ne peut intervenir sans tenir compte de cet élément affectif indépendant, au sein duquel pourtant elle pourrait retrouver quelques points d'accroche.

Cela semble jouer aussi bien lorsque la responsabilité qui est engagée intervient dans le cadre d'une parenté biologique (Paragraphe 1), que dans celui d'un lien de parentalité ou bien adoptif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La place de la reconnaissance mutuelle dans les parentés biologiques

785. Il a été indiqué que la situation la plus fréquente dans laquelle la responsabilité était engagée dans le lien de filiation biologique correspondait à celle où aucun lien de droit n'avait été établi¹⁰⁷³. Or, **la responsabilité, en tant que réponse qu'une personne doit à une autre suppose bien que soit identifiés l'auteur et la victime**. Dans le lien de filiation, et compte tenu de la place qu'y prend l'élément affectif, cette identification suppose d'abord une connaissance : l'enfant doit exercer son action en responsabilité contre celui qu'il connaît pour être son parent biologique, tandis que la question de l'engagement de la responsabilité de celui qui ne se savait pas être le parent de l'enfant se pose. En somme, *la responsabilité engagée dans le cadre d'une absence de reconnaissance suppose une connaissance*.

Ce point est capital quant à la portée technique de l'affect sur ces formes particulières de responsabilité. En effet, cela signifie que dans le cadre d'une filiation uniquement

¹⁰⁷³ Cf. *supra*. p. 175.

biologique, puisque par définition ici l'enfant et le parent n'ont ni lien de droit ni vécu commun, la responsabilité serait dépendante d'un affect, qui se joue dans la connaissance mutuelle que chacun a de sa place. La biologie seule ne pourrait ainsi pas suffire à fonder la responsabilité, quoiqu'elle suffise bien évidemment à fonder l'établissement du lien de filiation. C'est donc bien la responsabilité, particulièrement, qui commande que l'affect soit blessé de cette manière.

786. En négligeant cet aspect, et en admettant alors de fait que l'affect soit idéal, **il deviendrait impossible de comprendre ce qui justifie que la responsabilité d'un père soit engagée parfois** en cas de reconnaissance tardive, et il ne serait plus possible de garantir cette responsabilité des excès qu'elle commettrait en sanctionnant même celui qui ne savait pas, et ne pouvait pas savoir qu'il était père¹⁰⁷⁴. Si l'affection est réduite à un élément idéal et abstrait, elle peut devenir dans le cadre de la filiation une simple référence à l'amour auquel chacun aurait droit, et s'exaspère finalement en un droit à l'enfant, dont l'existence a pu être déjà critiquée.

Ce n'est que par un affect concret que les cas de responsabilité retenue à l'encontre du parent qui se déclare tardivement en droit mais qui est déjà connu de l'enfant en fait peuvent s'expliquer et se limiter (I). Et de la même manière l'affect concret est un argument de poids en défaveur de l'admission d'un droit à l'enfant, qui découle bien d'un oubli de ce que cet élément emporte de connaissance de l'autre auquel on s'adresse (II).

I. ASPECTS CRITIQUES D'UNE RECONNAISSANCE IDEALISTE AU FONDAMENT D'UNE RESPONSABILITE PARENTALE

787. Lorsque la responsabilité d'un parent peut être engagée par l'enfant biologique auquel il n'a pas donné de lien de filiation légal, la question se pose bien de savoir à quel

¹⁰⁷⁴ Pour une jurisprudence qui fait une application peut-être hasardeuse de ce critère de la connaissance pour une demande d'indemnisation faite par un père à la mère qui lui avait caché son absence de contraception, voir Civ. 2^{ème}, 12 juillet 2007, n°06-16.869, RTD civ. 2008, p.91, obs. Jean HAUSER ; Dr. Fam. 2007, n°9, comm. Sylvie ROUXEL.

instant une faute commise¹⁰⁷⁵, dès lors que la reconnaissance d'enfant est en principe libre. Précisément, **le fait que la faute ne puisse en vérité intervenir qu'au moment où l'enfant et le parent se sont reconnus, semble être le point par lequel cette forme de la responsabilité, jouant au cœur des relations filiales, se singularise.** Au plan philosophique, on pourrait utilement rappeler les analyses de Fichte¹⁰⁷⁶, pour qui l'intersubjectivité est essentielle.

Dans ses *Fondement du droit naturel*¹⁰⁷⁷, Fichte indique en effet que c'est en reconnaissant dans l'autre l'agent rationnel qu'il est, que je me détermine à assumer ma propre auto-détermination. Ainsi, en suivant sa doctrine, et en essayant de l'appliquer pratiquement à la situation du parent dont on risque d'engager la responsabilité s'il ne rend pas la filiation de son enfant légale, ou s'il la conteste de façon abusive, on en arriverait à l'idée, qui est apparemment juste, que c'est en reconnaissant en l'enfant son enfant, que l'on devient soi-même parent. Cette interprétation limitée aux rôles que tiennent les protagonistes en une telle situation limiterait néanmoins considérablement la portée de ces réflexions, qui visent en vérité bien la personne au-delà du personnage incarné en telle ou telle circonstance. On pourrait aussi donc dire, et cela serait certainement plus avisé, que selon cette pensée, c'est en reconnaissant en l'enfant une personne, que l'on peut devenir soi-même une personne. Pour Fichte, la reconnaissance est mutuelle ou n'est pas.

788. Cela semble assez nettement abonder dans le sens des conclusions selon lesquelles **ce qui rend l'absence de reconnaissance paternelle fautive et donc susceptible de fonder une responsabilité, c'est bien la connaissance qu'aura eu son enfant de sa position de père.** *Tout se passerait alors comme si, avant cette reconnaissance mutuelle par l'un et l'autre, le droit de la responsabilité ne pouvait rien faire, chacun n'étant d'une certaine façon pas encore lui-même dans ce rapport.* L'application du concept de reconnaissance élaboré par Fichte, aux rapports du parent biologique qui ne veut pas être le parent légal avec l'enfant qui en est issu débouche donc sur le constat d'une forme de non-existence du lien avant que cette reconnaissance n'ait eu lieu, et semble être, pour ces raisons,

¹⁰⁷⁵ Cf. *supra*. p. 175 et s.

¹⁰⁷⁶ Jean CLAM, « Qu'est-ce que faire violence ? Intersubjectivité, corporéité et violabilité de la personne dans le *Fondement du droit naturel* (1796) de Fichte », in *A.P.D, Droit et esthétique*, Tome 40, 1995, p.348 à 389.

¹⁰⁷⁷ Johann Gottlieb FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science : 1796-1797*, Quadriges, P.U.F, Paris, 1998, 418 p.

la philosophie sous-tendue par la règle de la liberté dans l'établissement de la filiation et par les exceptions qui lui sont ménagées.

Puisque le lien n'existe qu'à partir du moment où chacun se reconnaît comme membre de cette relation filiale, il serait logique que le droit de la responsabilité ne puisse intervenir qu'à sa suite, obligeant alors plus à une actualisation de ce qui existe déjà, qu'à la création d'un rapport.

Tout ceci se trouve d'autant plus démontré par le fait que, dans la pensée de Fichte¹⁰⁷⁸, la reconnaissance est par nature juridique, en ce sens qu'elle implique nécessairement des actes, et ne peut exister si elle demeure simplement au stade de l'intention.

789. On peut encore rapprocher cette théorie de la reconnaissance de ce que dit Hegel, et trouver ainsi la faille de ces pensées idéalistes qui sont le lit de la responsabilité telle qu'elle semble actuellement engagée lorsque l'établissement de la filiation est en jeu. En effet, l'idée que chacun existe, que chaque personne est toute entière dans son personnage par la reconnaissance qui sera faite de ce personnage par un autre qui n'est alors qu'un miroir, correspond en substance à ce que pose Hegel dans sa *Phénoménologie de l'esprit*¹⁰⁷⁹. La reconnaissance passerait par la représentation que l'on doit pouvoir se faire de l'autre et de soi, mais elle impliquerait alors que tout se passe à l'intérieur de soi. Hegel ajoute bien que la reconnaissance passe par une opposition de l'autre, qui serait justement le moyen par lequel son altérité n'est pas effacée ou absorbée par le processus même de la reconnaissance.

Mais cette opposition¹⁰⁸⁰, comme elle initie une dialectique, un rapport de force entre les personnes, entraîne peut-être une relation fautive, au sens où elle impose un jeu de domination, dans lequel chacun s'oppose à l'autre de manière alternative. En quelque sorte, chacun est tour à tour celui qui s'oppose, sans que rien ne permette de comprendre *a priori* ce qui, dans un tel rapport, permet la rencontre, laquelle devrait être en même temps *devant* chacun de ses protagonistes.

¹⁰⁷⁸ FICHTE, op. cit. Cf. aussi, Alexandre SCHNELL, « Le problème de l'être-affecté chez Kant et Fichte », in *Affect et affectivité dans la philosophie moderne et la phénoménologie*, Eliane ESCOUBAS et Laszlo TENGELYI (dir.), Ouverture Philosophique, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 143 à 160.

¹⁰⁷⁹ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Phénoménologie de l'esprit*, Jean Hyppolite (Trad.), 2 volumes, Aubier-Montaigne, Paris, 1939-1941, [1807], 358 et 357 p.

¹⁰⁸⁰ Contrairement à l'obstacle que l'on rencontre dans la pensée de René LE SENNE, l'opposition peut rester intérieure à la conscience, ou du moins y trouve-t-elle finalement son origine. L'obstacle de son côté est réel, dans la mesure où c'est un événement s'imposant à la conscience, mais qui vient d'ailleurs.

Sur ce thème voir René LE SENNE, *Obstacle et valeur*, Philosophie de l'esprit, Aubier, Paris, 1934, 351 p.

790. Ainsi il ressort que même en donnant à cette idée de la connaissance mutuelle sa place en droit, puisqu'il n'est effectivement pas possible de contester que ce critère soit d'une importance sensible pour comprendre la responsabilité de celui qui reconnaît tardivement son enfant biologique, si l'affect qui est sous-jacent n'y est regardé que comme un élément abstrait, alors la responsabilité ne peut qu'être fragilisée dans ses fondements.

Une autre conséquence de la vision idéaliste de l'affect dans ces jeux de responsabilité est liée à l'idée d'un droit à l'enfant. Parce que l'affect est méconnu dans sa réalité, il conduit à interpréter de façon erronée les fondements d'une responsabilité parentale.

II. DE LA RECONNAISSANCE AU DESIR : PRESUPPOSE

PHILOSOPHIQUE D'UN DROIT A L'ENFANT

791. **L'amour humain, selon Hegel, se distingue du désir animal en ce qu'il est désire de désire¹⁰⁸¹.** L'homme désire le désir de l'autre. En clair, en étant reconnu, l'homme veut être aimé de l'autre. Il s'en suivrait qu'aimer ne serait que vouloir être aimé, sans alors qu'aucune possibilité ne subsiste de gratuité de la relation. La reconnaissance de l'autre vise alors à la reconnaissance de soi d'abord. Tout dans le désir part de soi, et finalement retourne à soi si l'on est condamné à désirer seulement être désiré. Partant, la reconnaissance, qui est le seul moyen de se poser soi et de poser l'autre comme autre dans la philosophie de Hegel, remplace l'amour.

Appliquée aux liens de filiation, la reconnaissance ainsi conçue emporterait l'interprétation suivante : la responsabilité de celui qui ne reconnaît pas son enfant, qui ne peut exister que parce que l'on considère qu'en se comportant ainsi il s'est écarté du comportement convenable, est engagée parce qu'il aurait dû vouloir que son enfant le reconnaisse comme père. On sanctionnerait alors au fond son manque de désir du désir de son enfant, plutôt que le manque qu'il inflige directement à son enfant par sa « fausse absence ».

¹⁰⁸¹ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, op. cit. Pour un développement d'un autre aspect de l'amour dans la pensée de Hegel, voir Paredes Martín María DEL CARMEN, « La vie et l'amour dans la pensée de Hegel à Francfort », *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 1/2007 (Tome 132), p. 23 à 41, consulté sur www.cairn.info/revue-philosophique-2007-1-page-23.htm.

792. Ce passage de l'amour à la reconnaissance, puis de la reconnaissance au désir, quoiqu'il ne semble pas révolutionner les interprétations données plus haut¹⁰⁸² des cas spécifiques de responsabilité du parent dans la création ou dans la rupture d'un lien de filiation, **est bien tout à fait révélateur de l'évolution que suit la responsabilité lorsqu'elle joue dans la famille**. L'élément affectif n'est pas regardé comme un élément situationnel, concret, relatif aux personnes qui sont mises en présence, mais comme une émanation impalpable et abstraite de l'individu. Conformément aux théories d'un Hegel ou d'un Fichte, ce qui fonde l'engagement d'une responsabilité c'est l'absence d'un désir particulier qui aurait dû exister.

Le malaise que suscite habituellement ce genre de décision engageant la responsabilité du parent qui est coupable, en somme de ne pas avoir ressenti ce qu'il aurait dû ressentir, ou du moins, de ne pas avoir agi conséquemment à ce qu'il aurait dû ressentir, vient très certainement de ce que l'acception retenue de l'affect est profondément inconciliable au droit.

793. Il paraît en effet insensé d'imposer le paiement de dommages et intérêts à celui qui ne pouvait se contraindre à désirer ce qu'il ne désirait pas, et ce d'autant plus que la parenté est aujourd'hui profondément conçue comme devant être désirée. En effet, le désir de désir qui aurait dû être au fondement de la reconnaissance à l'œuvre dans l'établissement, et dont l'absence fonde apparemment le délitement de la filiation, ne peut pas être visé par une responsabilité d'ordre juridique. Or, il l'est dans certaines circonstances, ce qui pourrait donner à penser que les décisions qui l'admettent sont des illustrations de cette conception de la filiation toute empreinte de désir.

Ces décisions¹⁰⁸³ semblent au contraire révélatrices d'une résistance du droit à cette idéalisation du lien affectif, au sens où elles engagent la responsabilité à partir d'une situation affective concrète, qui n'est pas réductible au désir de désir qu'aurait du avoir une personne déterminée à l'égard d'une autre. Le malaise qu'elles suscitent pourrait ainsi être résorbé si l'on admettait que l'on ne condamne pas une absence de désir de désir, mais un état de fait dans lequel le parent et l'enfant se connaissent effectivement sans que cette connaissance ne soit matérialisée juridiquement. Mais ce faisant, ces décisions s'opposent bien à l'idéologie

¹⁰⁸² Cf. *supra*. p. 175 et s.

¹⁰⁸³ Par exemple : Paris, 23 février 2006, 1^{ère} ch. sect. C., inédit, RTD civ. 2006, p. 295, obs. Jean HAUSER.

dominante, de totale irresponsabilité en la matière. C'est en cela qu'elles peuvent sembler aberrantes.

794. Si l'élément affectif s'assimile dans ces situations d'établissement ou de contestation de la filiation biologique au désir de désir qui doit animer les personnes à se reconnaître mutuellement dans leurs rôles respectifs de parent et d'enfant, **cela signifierait qu'avant ce désir, rien n'existe encore pour lier ces deux protagonistes.** Les pensées de Fichte et de Hegel ont bien ceci de dangereux que la personne n'est donc personne que par le jeu de la reconnaissance, ce qui implique que celui qui n'est pas reconnu n'accède pas à la dignité humaine qui n'est donc plus dans l'Homme dès l'origine, mais qui d'une certaine façon se gagne, et serait fonction d'un jugement de valeur. Dans le domaine plus précis de la reconnaissance d'enfant, cela implique que l'enfant d'un tel ne l'est pas vraiment tant qu'il n'est pas reconnu par cet untel comme tel. La construction identitaire de l'enfant est donc toute entière placée dans la dépendance d'un désir de désir de l'adulte.

Sans faire de survalorisation de l'intérêt de l'enfant, qui d'ailleurs demeure bien mystérieux, on peut tout de même légitimement se demander s'il n'appartient pas au droit de le préserver de telles hésitations, et de poser qu'il est toujours *l'enfant de quelqu'un*. Car l'amour n'est pas relatif à la valeur en vérité, mais il est attaché à la dignité¹⁰⁸⁴, et ne saurait dès lors dépendre d'une reconnaissance émanant d'une personne qui aurait alors la capacité de posséder l'autre. C'est ce que l'élément affectif permet de découvrir. Les décisions reconnaissant la responsabilité du père qui ne reconnaît pas l'enfant dont il s'est fait connaître devraient alors se multiplier au lieu de demeurer des exceptions. Et leur attachement à des circonstances particulières ne peut constituer un obstacle sérieux à leur passage de l'exception au principe, dès lors qu'elles sont constitutives de la faute elle-même.

795. Une définition plus réaliste de l'affect permettrait donc de considérer autrement la distinction qui est faite entre la filiation sociologique et la filiation biologique dans l'engagement de la responsabilité du parent qui ne reconnaît pas en droit son enfant. Mais elle permettrait peut-être aussi de concevoir autrement les rapports de la biologie à la parentalité

¹⁰⁸⁴ Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus II : Les vertus et l'amour*, Tome 1 et 2, Champs essais, Flammarion, Paris, 2011, 402 p. et 354 p. « (...) personne n'a « droit » à l'amour, ou –ce qui revient au même– [...] tout le monde mérite d'être aimé : car l'amour n'est pas un hommage à la valeur, qui distingue quelques privilégiés, mais à la dignité, qui est de chacun et de tous », Tome 2, p. 214.

lorsque l'enfant n'est pas biologiquement celui de ceux qui veillent sur lui. La responsabilité est bien amenée à intervenir dans de telles situations qui sont affectivement marquées.

Paragraphe 2. La place de la reconnaissance mutuelle dans les parentés adoptives

796. Sur un plan technique, la redéfinition de l'affect¹⁰⁸⁵ comme élément concret pourrait permettre de cerner sous un jour neuf les enjeux des relations entre vérité biologique et vérité affective dans les filiations « par greffe »¹⁰⁸⁶, ou plus largement dans des situations de parentalité, que l'on pourrait rassembler sous le vocable d'adoptives. Notamment en détachant l'affect de la volonté, il ne serait plus possible de regarder les liens « électifs » comme des liens qui dépendraient seulement d'une volonté de l'adoptant, au moins pour ce qui est de l'engagement postérieur d'une responsabilité.

Si en effet ce sont les interprétations idéalistes du rôle de l'affect qui semblent prévaloir, par défaut, puisqu'aucun choix conscient ne paraît avoir été opéré, dans l'établissement d'une responsabilité parentale, il en va logiquement de même lorsque le lien est adoptif. Or, ces interprétations sont dépendantes d'une réduction de l'affect à une partie de lui, qui est justement une part impropre à fonder une analyse juridique puisque complètement tournée vers l'intérieur insondable de la personne. L'intégration totale opérée entre la volonté et l'affectivité ne saurait en effet mener à la construction d'un droit de la famille dans la mesure où la liberté n'est elle-même conçue que comme l'émanation de la volonté toute puissante, et où alors les liens affectifs ne sont plus que les « liens électifs »¹⁰⁸⁷.

797. Si tout se passait bien dans la famille sur le simple mode de l'engagement volontaire, comment expliquer même au fond la possibilité d'un droit, c'est-à-dire d'une expression normative ? Un idéalisme extrême conduit à nier la possibilité d'un élément

¹⁰⁸⁵ Ou plutôt sa définition puisqu'il ne fait pas en fait l'objet d'une définition actuellement erronée, mais il est en fait assimilé à d'autres éléments de façon plus ou moins consciente. Il ne s'agit donc pas de le redéfinir, mais d'en proposer une définition assumée, et porteuse de solutions.

¹⁰⁸⁶ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe, Adoption et procréation médicalement assistée*, LEDRAP, Lille II, LGDJ, 1997, 176 p.

¹⁰⁸⁷ Pierre-Marie MARTIN, « Le législateur et les liens affectifs, Réflexions autour de l'article 63, alinéa 2, de la loi du 6 juin 1984 », *L.P.A.*, 21 octobre 1985, n°126, p. 15 à 23.

affectif *universalisable*¹⁰⁸⁸, ce qui rend donc impossible le droit, sauf à le réduire à un normativisme positiviste, qui n'aurait finalement besoin d'aucun devoir-être pour se fonder. Il y a là, semble-t-il, une forme d'impasse de la pensée qu'il faut relever : en effet, derrière ce que l'élément affectif recouvre actuellement, il y a un amour qui serait purement électif, mais que l'on prétend pouvoir tout de même réglementer, et même normaliser. Le problème central est peut-être alors celui de la liberté que l'on « totalitarise »¹⁰⁸⁹ d'un côté, mais en la contraignant en son nom. Il est en fait impossible de prétendre ne pas faire des relations filiales un réel humainement désinvesti, où la part de ce qui est choisi serait niée, tout autant qu'il est impossible de nier la part de ce qui dépasse le choix.

798. Une solution serait ainsi peut-être dans une nouvelle définition de l'affect que l'on ne peut purement et simplement écartée d'une problématique typiquement familiale. L'élément affectif, s'il est défini comme étant d'une part l'émanation la plus profonde d'une subjectivité radicale, de nature donc à fonder un ordre objectif de valeur, et d'autre part comme étant la rencontre d'une tendance de soi et d'une attirance qui vient bien de l'autre, pourrait retrouver en droit de la famille sa force normative. Il pourrait dans ces conditions clarifier notamment la situation de l'engagement de la responsabilité parentale pour l'avenir, et c'est bien d'abord ce dont il s'agit dans l'adoption, puisqu'il faudrait convenir alors qu'il ne peut être assimilé à un mouvement de la volonté dont on oublie trop aisément, semble-t-il, qu'elle est toujours inféodée à un quelque chose qui la suscite.

Dans l'adoption¹⁰⁹⁰ ainsi, des cas de responsabilité peuvent être envisagés, soit pour ce qui concerne l'établissement d'une telle parenté, soit dans la vie du lien adoptif, lorsqu'adoptants et adoptés ont les uns envers les autres des comportements délictueux. Compte tenu de l'affect, néanmoins, cette responsabilité paraît ne pas soulever exactement les mêmes problèmes lorsque le lien est légal par l'adoption (I), que lorsqu'il n'existe qu'un lien de fait, même si un rôle de parentalité est bien exercé alors (II).

¹⁰⁸⁸ Henri BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J, Paris, 1979, p. 232 et s.

¹⁰⁸⁹ C'est bien elle qui est mise en avant lorsque l'on parle de diversité du droit de la famille, quoique cela puisse être un « trompe-l'œil », comme l'avait noté Jean-Jacques LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Catherine Puigelier (dir.) Bruxelles Bruylant, 2012, p.729 à 750.

¹⁰⁹⁰ Le terme d'adoption désigne ici non seulement l'adoption au sens strict en droit mais aussi les situations de parentalités, telles que celles créées dans les familles recomposées, ou dans le cas de la possession d'état.

I. LA RESPONSABILITE DANS L'ADOPTION ECLAIREE PAR L'AFPECT CONCRET

799. Quoiqu'elle puisse d'abord sembler démodée¹⁰⁹¹, l'adoption se trouve en fait être le creuset de nombreuses interrogations, que l'affect peut permettre de préciser, si ce n'est de résoudre. L'adoption, en ce qu'elle établit un lien de droit, qui est censé « imiter » un lien biologique¹⁰⁹², a en effet ce statut particulier d'être un mode de filiation « sociologique », mais formé sur le modèle de la biologie. Or, cette analyse de l'adoption comme une fiction juridique pourrait être complétée par une perception de l'affect vécu, qui rapprocherait plutôt cette forme de filiation de la parentalité. Dans la mesure où il s'agit bien de donner un rôle parental à ceux qui ne sont pas les parents génétiques, l'adoption se rapproche, sous l'angle du fait, de la place que peut occuper un beau-père ou une belle-mère.

Car en effet, la question de la parentalité a été plutôt abordée à propos des familles « recomposées », parce qu'il fallait distinguer par là la parenté qu'établit la législation, de situation de fait non institutionnalisées, mais concerne finalement tout autant des cas de possession d'état avant que ne soit établi l'acte de notoriété. Sous ce même vocable, peuvent être désignées en fait ainsi toutes les situations dans lesquelles celui qui prend soin de l'enfant n'est pas son géniteur.

Il semblerait qu'une telle acception de l'adoption soit de nature à éclairer certaines des hypothèses de responsabilités qui peuvent être retenues dans la cadre de telles filiations.

800. Concernant l'adoption au sens strict d'abord, rien ne s'oppose à ce qu'une responsabilité délictuelle soit engagée entre adoptant et adopté, et l'affect y tiendrait une place si le dommage résultait bien d'une faute dans le comportement parental, que l'adoption soit simple ou plénière. Dans la mesure néanmoins où, une fois l'adoption plénière prononcée,

¹⁰⁹¹ Historiquement, non seulement les institutions religieuses ont pu y voir un abus blâmable, mais encore de façon contemporaine, certains « scandales » de l'adoption internationale ont pu être dénoncés, même au sein de la Convention internationale des droits de l'enfant de New-York, qui, en formalisant le droit pour l'enfant de connaître « dans la mesure du possible », ses parents, met bien à mal l'adoption telle qu'elle est conçue en sa forme plénière. Article 7-1.

¹⁰⁹² En attestent notamment les conditions relatives à l'adoption notamment plénière : articles 343 et s. du Code civil.

elle produit les effets d'une filiation biologique ordinaire¹⁰⁹³, il n'est en fait possible de distinguer de responsabilité qui soit spécifique à ce cas que dans les tentatives de révocation du lien qu'opèrent les adoptants. Quant à l'adoption simple, c'est également à l'occasion d'une révocation, cette fois permise, que seront généralement exposés les cas de responsabilité.

801. Ainsi, dans l'adoption plénière, c'est le refus de la révocation par le moyen d'un abandon qui semble s'apparenter à une responsabilité¹⁰⁹⁴ en ce sens qu'il engage les parents adoptifs à ne pas faire de l'adoption un moyen d'appropriation de l'enfant, contraire à sa dignité, avant même d'être compris sous l'angle de son intérêt. Il semblerait que l'affect puisse ici être interrogé, car finalement cette irrévocabilité d'une adoption plénière, manifestement douloureuse pourrait ne pas être en faveur de l'enfant.

Ainsi se trouve donc dévoilé un problème majeur, et qui passe bien par la responsabilité en tant qu'engagement : si l'irrévocabilité permet une stabilité de la filiation de l'enfant, et invite largement les parents à ne pas faire de l'enfant qu'ils assument ainsi un objet « appropriable », c'est au nom sans doute d'un affect de l'enfant qui ne doit être blessé, et qui est alors conçu comme une valeur abstraite. Mais si d'un autre côté sont maintenues des personnes dans un lien adoptif qui s'avère dommageable, c'est aussi à l'encontre d'un affect plus concret¹⁰⁹⁵. De nombreux auteurs déjà ont soulevé par ailleurs que l'irrévocabilité de l'adoption plénière, qui est donc en somme une impossibilité de l'abandon, mettrait à mal la notion de cette adoption elle-même¹⁰⁹⁶ puisqu'elle vise en principe à imiter le plus parfaitement possible la filiation biologique, qui elle peut être rompue en cas de carences graves¹⁰⁹⁷. Cette critique pourtant ne paraît pas devoir emporter une adhésion parfaite, dès lors que la filiation biologique n'est pas en fait « révocable ». Analyser l'abandon comme une révocation pourrait être abusif puisqu'une révocation suppose que la volonté en soit maîtresse, alors que l'abandon découle bien d'un constat objectif de l'impossibilité du

¹⁰⁹³ François TERRE. et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7ème édition, Paris, 2009, n°903 et s.

¹⁰⁹⁴ Voir par exemple Bordeaux, 17 novembre 1997, *JCP* 1998, I, 151, n°9, obs.. Yann FAVIER, pour un arrêt dans lequel les services de l'Aide sociale à l'enfance ont rejeté une demande d'admission d'un enfant adopté comme pupille e l'Etat qu'avaient demandé ses parents adoptifs.

¹⁰⁹⁵ Yann FAVIER, « Les échecs de l'adoption », *Informations sociales* 2/2008 (n° 146) , p.122 à 13, consulté en ligne sur www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-2-page-122.htm.

¹⁰⁹⁶ Et notamment Claire Neirinck, « L'irrévocabilité de l'adoption en question », *RD sanitaire et social*, 2006, p. 1076.

¹⁰⁹⁷ Sur ce point cf. *supra* sur l'abandon.

maintien du lien. Il est vrai que le désintérêt que manifeste en ces cas les parents doit être volontaire¹⁰⁹⁸, mais ce critère n'est destiné qu'à écarter les déclarations d'abandon abusives, allant à l'encontre d'une relation certes difficile, mais encore chère aux parents de l'enfant dont le cas est examiné. En tenant alors compte de cette distinction, non simplement anecdotique, de la révocation et de l'abandon, il n'est plus possible de contester l'irrévocabilité de l'adoption plénière sur le fondement d'une analogie entre elle et la filiation biologique et dont le statut légal est conforme à cette biologie. La considération d'une situation affective concrète pourrait peut-être plus directement fonder la critique de l'irrévocabilité de l'adoption plénière, quitte à ce qu'elle emporte devant les tribunaux l'exigence de la preuve de la gravité de la situation¹⁰⁹⁹.

La solution que propose le droit positif repose en ces cas sur l'admission « pour motifs graves »¹¹⁰⁰ d'une adoption simple de l'enfant adopté en la forme plénière d'abord. Cette solution paraît pouvoir être en théorie respectueuse à la fois du principe affectif et de son appréciation concrète, mais pourrait soulever en pratique plus de réserves, dans la mesure où l'adoption simple est une forme actuellement marginale d'adoption, et que l'enfant ainsi rejeté par ses parents adoptifs pourrait ne pas trouver de parents prêts à l'assumer par ce biais.

802. En cas d'adoption simple, c'est la révocation justement qui marque le temps d'une responsabilité dans le lien entre adoptant et adopté, qui est cette fois non plus un engagement mais une réponse. Des « motifs graves » sont exigés par l'article 370 al 1^{er} du Code civil, et ces motifs sont caractérisés par une attitude susceptible d'être qualifiée de délictuelle de l'adopté ou de l'adoptant. Il ressort assez nettement que des comportements qui ne sont pas fautifs, tels qu'une fugue¹¹⁰¹, ou un placement sous curatelle¹¹⁰², ne sont pas suffisants à fonder une telle révocation. C'est donc bien la faute commise par l'adoptant ou par l'adopté que doit contenir le motif grave dont les juges ont à connaître pour prononcer la révocation de l'adoption simple. Or, il apparaît que c'est l'affect qui est d'une part blessé, du côté de celui qui la demande, et qui est intervenu comme élément déréglé et perturbateur du

¹⁰⁹⁸ Article 350 du Code civil.

¹⁰⁹⁹ Nul besoin d'ailleurs pour ce faire de changer la législation, puisqu'il suffit d'interpréter moins strictement la condition d'irrévocabilité, comme le suggère d'ailleurs TERRE, op. cit. n°906.

¹¹⁰⁰ Article 360 al 2 du Code civil.

¹¹⁰¹ Dans un arrêt ancien il en avait été décidé ainsi, mais rien ne laisse supposer que l'analyse alors retenue ne serait plus d'actualité : Paris, 17 mai 1935, S., 1936 2, 20.

¹¹⁰² A la condition d'une moins que la demande en curatelle ait été accueillie, TGI Paris, 21 novembre 1995, *RTD civ.* 1996, 138, obs. Jean HAUSER.

côté de celui qui est l'auteur du comportement responsable. Si la jurisprudence en matière d'adoption plénière ne donnait pas tellement à voir de telles attitudes, puisqu'elle se focalisait sur les fondements de l'irrévocabilité en théorie, il est ici au contraire aisé de découvrir dans les arrêts rendus un véritable regard sur la réalité des liens affectifs. Ainsi les juges se déterminent-ils directement sur l'inexistence d'un lien affectif « réel » entre adoptants et adoptés simples pour mettre un terme à ce lien¹¹⁰³.

803. Ainsi la solution retenue en cas de troubles graves dans la filiation adoptive est-elle radicalement distincte selon que l'adoption est plénière ou simple. Tandis que dans le premier cas c'est au nom d'un affect idéal et abstrait que le lien est maintenu, même dans sa défaillance, tandis que c'est au nom d'un affect concret et réel qu'il est détruit dans le second cas. Cette différence de traitement repose toute entière sur une vision peut-être dépassée de l'adoption plénière, comme devant s'inféoder à la filiation biologique. Le carcan que cette adoption impose alors aux rapports humains qui se tissent, ou qui au contraire ne parviennent pas à se nouer, entre adoptants et adoptés, est bien dépendant de cette volonté d'imiter au maximum un lien génétique, et rattaché certainement à l'idée que ce cadre est plus protecteur de l'intérêt de l'enfant. Il faudrait néanmoins relever que la protection de l'enfant ne commande peut-être pas si évidemment que cela la forme de l'adoption plénière. En effet d'une part, en substituant une filiation légale à une filiation génétique¹¹⁰⁴ qui ne sera pas alors nécessairement connue de l'enfant, ses origines peuvent être troublées¹¹⁰⁵. D'autre part, le cadre légal dans lequel cette adoption se forme vise ensuite à rendre ce lien fictif indestructible, quels que puissent être les aléas de la vie de l'adopté au sein de sa famille adoptive. Ces deux risques, auxquels s'expose l'adoption plénière, pourraient être réduits si l'affect était regardé pour ce qu'il est, c'est-à-dire un élément concret qui s'observe en situation.

En suivant les exigences des situations concrètes, il serait possible d'envisager plutôt de favoriser le système de l'adoption simple, voire de l'adoption « ouverte » telle qu'elle est pratiquée notamment dans les pays anglo-saxons. Ces adoptions ne visent absolument pas à

¹¹⁰³ Limoges, 21 novembre 1996, *Dr Fam* 1997, 136, obs. Pierre MURAT ; Pau, 10 juillet 1997, *RTD civ.* 2000, 310, obs. Jean HAUSER.

¹¹⁰⁴ Article 356 du Code civil.

¹¹⁰⁵ Il n'existe aucune obligation pour les parents adoptifs de révéler la réalité du lien à l'enfant adopté, même si les services sociaux les encouragent généralement à ne pas poser de tabou sur la nature adoptive du lien. Sur l'importance de dire la « vérité » aux enfants adoptés, cf. Donald W. WINNICOTT, « Les écueils de l'adoption », in *L'enfant et le monde extérieur*, Paris, Payot, 1957, p. 65 à 72.

remplacer une filiation biologique, et n'exclut donc pas une ascendance au profit d'une autre, mais consiste plutôt en un système d'alliance des familles¹¹⁰⁶. De cette manière, non seulement la possibilité de connaître ses origines serait concrètement respectée, mais encore, il semblerait que des situations de responsabilité puissent être résolues de façon plus homogène. Seuls les enfants qui sont orphelins, ou nés de parents inconnus, seraient en ce cas exclus de telles adoptions « ouvertes ».

804. En dehors de ces questions relatives à la place de l'affect dans la forme de l'adoption, il existe encore deux situations spécifiques qui pourraient interroger le procédé même de l'adoption aujourd'hui, et qui donnent explicitement à l'affection un pouvoir déterminant.

La première d'entre elles concerne une « filiation élective »¹¹⁰⁷ particulière qui pourrait être établie à l'égard de l'enfant placé en famille d'accueil suite à une défaillance grave de ses parents biologiques. L'affect est directement visé par les textes, pour permettre une adoption, en principe exceptionnelle, d'un enfant par la famille qui l'accueille dans le cadre d'un contrat passé avec le conseil général du département. La personne qui accueille l'enfant le fait dans un cadre professionnel¹¹⁰⁸, et est à ce titre rémunérée. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'enfant ainsi placé se trouverait dépourvu de filiation biologique connue, ou si le lien était rompu suite à une déclaration judiciaire d'abandon, que l'enfant pourrait être adopté par les personnes à qui il avait été confié, à condition qu'un lien affectif particulier existe entre lui et elles. L'affect intervient bien alors pour marquer une forme de passage d'une activité rémunérée à un engagement adoptif. Il n'est pas impossible pourtant de s'interroger en ces cas sur l'opportunité d'une forme d'adoption strictement encadrée, puisqu'il s'agira alors

¹¹⁰⁶ Dans les pays de Common Law, mais aussi quoique moins nettement en Allemagne, l'adoption dite « ouverte » est une voie de plus en plus fréquentée alors qu'elle permet, de façon assez inimaginable en France actuellement, des rencontres fréquentes entre l'enfant et sa famille d'origine, en présence ou non des adoptants. Cette démarche se distingue de l'adoption simple que nous connaissons principalement en ceci qu'elle implique bien une rupture entre l'enfant et sa famille originelle. Sur ce thème, voire Claire NEIRINCK (dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, vol.29, L.G.D.J., 2000, 396 p.

¹¹⁰⁷ Pierre-Marie MARTIN, « Le législateur et les liens affectifs, réflexion autour de l'article 63 alinéa 2 de la loi du 6 juin 1984 », in *Les Petites Affiches*, n°126, 21 octobre 1985, Paris, p. 15 à 23. Cet article se trouve aujourd'hui dans l'article L225-2 du Code de l'Action Sociale et des Familles qui dispose que « Les pupilles de l'État peuvent être adoptées soit par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure (...). On peut noter par ailleurs que le Code Civil emploie lui aussi les liens affectifs dans son article 350 lorsqu'il dispose : « Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs ».

¹¹⁰⁸ Claire NEIRINCK, « Profession : Assistante maternelle », *LPA*, 21 février 2000, n°36, p. 6. La profession s'intitule depuis 2005 « assistante familiale », pour distinguer les accueils de jour d'enfants dont les parents ne sont simplement pas disponibles, de cette forme spécifique d'accueil qui vise uniquement des enfants dont les parents sont défaillants.

nécessairement d'une adoption plénière, puisque la position de l'enfant serait alors certainement marquée d'ambivalence¹¹⁰⁹. Une fois encore, l'affect « réel » commanderait peut-être que soit permis l'exercice de cette charité, en tant qu'amour, sans que soit niées les difficultés réelles de cette forme de filiation « par greffe ». Par exemple, il serait possible d'envisager un statut plus souple, n'ayant pas nécessairement de conséquences quant à la filiation, mais permettant par contre de confier le rôle parental à celui qui quotidiennement s'occupe de l'enfant, à la façon alors des solutions qui ont été envisagées quant au rôle des tiers¹¹¹⁰.

La seconde situation dans laquelle l'affect tient une place spécifique, est relative à l'adoption de l'enfant du conjoint¹¹¹¹. Le lien affectif sur lequel cette adoption repose semble être celui qui unit les deux membres du couple, puisque c'est la nature de leur engagement qui détermine jusqu'à présent la possibilité même de ce type d'adoption. Parce que le couple est marié, le législateur a permis que l'adoption par le conjoint ne fasse pas disparaître la filiation de l'enfant à l'égard de son parent. Outre les difficultés soulevées alors par la situation de l'autre parent biologique, et en se concentrant uniquement sur la place que tient l'affect dans cette adoption, il ressort que l'existence d'une affection d'abord dirigée vers le conjoint pourrait ne pas constituer un critère exempt de tout vice. En faisant de la stabilité du couple, supposée plus grande parce que le mariage aura été prononcé, le critère majeur de cette possibilité d'adopter, il s'agit finalement de supposer qu'en ces fondements ce lien de filiation fictif se trouverait fragilisé par la dissolution de l'union. L'affect qui devrait être observé, et sur lequel il serait peut-être plus pertinent de s'adosser devrait être celui qui est vécu entre l'enfant et ce conjoint de son parent.

805. Le critère de la connaissance, ou de la reconnaissance, aurait de nouveau la possibilité d'acquérir une portée technique intéressante, puisque ce serait bien la connaissance qu'ont les personnes de leur place l'une en face de l'autre qui fonderait leur protection. En se passant peut-être du cadre rigide qu'impose l'adoption, il serait possible, par

¹¹⁰⁹ Sur un plan psychologique, il pourrait être en effet délicat d'assumer ce passage de l'accueil en tant que métier, à un accueil dans la famille. Les cas semblent être trop peu fréquents pour que des études significatives aient pu être menées, au plan juridique comme au plan psychologique. Cette hypothèse ne peut donc être vérifiée, mais la question paraît néanmoins pouvoir au moins être posée.

¹¹¹⁰ Dominique FENOUILLET., « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *L.P.A.*, 24 février 2010, n°39, p. 7 à 31

¹¹¹¹ Article 356 al 2 du Code civil « Toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux ».

le biais de l'engagement d'une responsabilité *a posteriori* lorsqu'un dommage aura été subi, de protéger l'enfant dès lors qu'une personne a pris auprès de lui une fonction parentale.

Dès lors, il est possible de retenir concrètement que la responsabilité qui correspond à un engagement des parents envers leurs enfants, biologiques ou non, pour l'avenir ne peut être un objet manipulable par les modulations de leurs désirs, parce que l'élément affectif consiste en une rencontre entre les premiers et les seconds. En cela, le droit positif actuel semble tendre à respecter ce principe, sans le savoir, mais d'une façon parfois biaisée par sa méconnaissance de l'affect pour ce qu'il est.

806. Mais si l'on considère maintenant le rôle de la parentalité¹¹¹², qu'il conviendrait de donner par exemple aux tiers tels que les beaux-parents, mais aussi dans le cadre d'une possession d'état, il faut aussi considérer que la responsabilité dirigée en cela par l'élément affectif commande que l'on ne puisse en tout cas exclure celle de la personne qui a engendré un enfant. La procréation génétique implique peut-être un engagement qui dépasse les volontés de s'en défaire, et contraint donc à accorder à tous la possibilité de retrouver ceux qui sont à l'origine de soi. Le vécu affectif de son côté implique un engagement quotidien dont la formalisation juridique peut être problématique.

II. LA RESPONSABILITE DANS LA PARENTALITE ECLAIREE PAR

L' AFFECT CONCRET

807. Il importe en premier lieu ici de distinguer l'autorité parentale de la responsabilité. Plusieurs mécanismes semblent entretenir la confusion des deux termes¹¹¹³, En effet, l'incidence de l'élément affectif dans la responsabilité, qu'elle soit d'ailleurs un engagement ou une réponse, sur le lien parental, ne peut pas être seulement ramenée à

¹¹¹² Thierry FOSSIER, « Un droit de la famille centré sur la parentalité », *Informations sociales* 5/2008, n° 149, p. 32 à 38, consulté sur : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-32.htm.

¹¹¹³ Voir les « contrats de responsabilité parentale », Judith ROCHFELD, « Contrat, Responsabilité, Parenté : un mélange détonant », *RTD civ*, avril-juin 2006, p. 395 à 402. A contrario, il faut noter que la responsabilité des parents du fait de leurs enfants est dépendante en jurisprudence de la résidence plus que de l'autorité parentale, cf. Crim. 6 novembre 2012, n°11-86.857, *Resp. civ. et ass.* n°2, février 2013, étude n°2, Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG.

l'autorité parentale, laquelle n'est en fait qu'une partie relativement restreinte de ce lien. Le passage de l'autorité à la responsabilité, qui semble s'opérer lorsque sont évoqués précisément les engagements parentaux, est assez significatif¹¹¹⁴.

Dans la mesure où l'autorité suppose un droit d'agir, mais un devoir d'agir dans l'intérêt de l'enfant et se trouve ainsi présentée comme un « droit-fonction ». Mais la responsabilité suppose bien plus que cela, puisqu'elle n'est pas un droit subjectif¹¹¹⁵ et puisqu'à ce titre elle engendre en positif un engagement du parent envers l'enfant, et en négatif une réponse à donner en cas de défaillance. Donner au vocable d'autorité une prévalence sur celui de responsabilité n'est pas neutre, et paraît sous entendre que le lien ainsi conçu relève d'une volonté d'exercice¹¹¹⁶ et non d'une situation affective concrète. D'autant que cette assimilation du lien parentale au lien d'autorité est suivie de celle d'un lien d'autorité à un lien d'assistance, qui d'ailleurs concerne aussi bien en miroir les parents qui n'ont pas su assister leurs enfants, et que l'Etat se chargera alors d'assister.

L'affect permet ainsi de distinguer l'autorité de la responsabilité parentale, et ce faisant de comprendre peut-être différemment les formes de parentalités, qui dès lors pourraient être observées sous l'angle de la responsabilité et non sous celui de l'autorité.

808. La situation qui paraît la plus propre à nourrir les débats actuels est celle de la place qu'il faudrait octroyer au tiers, qui n'est donc pas biologiquement lié à l'enfant, mais qui est celui qui vit quotidiennement avec lui. C'est l'importance quantitative du nombre de familles recomposées qui a fait de cette thématique un enjeu du droit de la famille contemporain¹¹¹⁷, et qui se trouve lié à la responsabilité dans la mesure où il s'agit finalement de savoir dans quelle mesure cet adulte tiers va assumer l'enfant et répondre de ses manques à son égard. Les hypothèses de l'engagement d'une responsabilité des beaux-parents à l'égard de l'enfant qu'ils auront éduqué ne paraissent pas à priori soulever de difficultés dans la mesure où l'engagement de la responsabilité délictuelle de droit commun pourrait y être de mise. Néanmoins, dans la pratique, il est probable qu'une forme de gravité, comparable à

¹¹¹⁴ Comme le montre de façon assez significative cette introduction à l'article de Thierry FOSSIER, *op. cit.* : « La parentalité se situe aujourd'hui au cœur du droit français de la famille. (...) On assiste à un mouvement tendant à reconnaître une responsabilité à chacun des membres de la famille. Ce passage de l'autorité parentale à l'autorité familiale n'est pas sans soulever de nombreuses interrogations, (...) ».

¹¹¹⁵ Cf. *supra*. p. 478.

¹¹¹⁶ Alain POUSSON., « Le non exercice fautif d'un droit subjectif », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, P.U.S.S.T, 1996, p. 563 à 594.

¹¹¹⁷ Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *1/2, L.P.A.*, 24 février 2010, n°39, Paris, p. 7 à 31.

celle qui se trouve exigée dans les rapports familiaux, lorsqu'ils sont correspondants aux liens de la biologie, soit nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité. C'est bien ainsi du rôle parental humain spécifique que joue l'adulte auprès de l'enfant que dépend la responsabilité, plus que d'un statut qui de ce point de vue alors n'a pas à faire l'objet d'une formalisation en droit¹¹¹⁸.

809. Il est enfin un dernier type de parentalité qui repose sur l'affect et qui paraît devoir s'opposer à la biologie. Par le biais de **la possession d'état**¹¹¹⁹, qui **permet**, par acte de notoriété¹¹²⁰ **de conduire à l'établissement d'une filiation en droit**, et donc de déboucher sur un type spécifique d'adoption, c'est bien le vécu affectif qui se trouve formalisé. Mais la possession d'état peut aussi être observée comme élément de fait, qui existe éventuellement sans que le lien juridique intervienne. En ce cas, elle revient réellement à une forme de parentalité, qui est une filiation vécue, dont le droit n'a pas forcément la maîtrise, même formelle, aussi longtemps que dure ce fait en dehors des actes officiels qui peuvent se greffer à elle ensuite.

Si ce mode de parentalité est controversé, c'est notamment en ce qu'il a pu être autrefois analysé en un mode volontaire d'établissement du lien. Demolombe voyait en ce phénomène un aveu tacite de parenté¹¹²¹, et percevait donc la possession d'état comme une filiation en principe corrélative à une vérité biologique. Or, cette analyse appelle deux remarques, fondées sur le rôle affectif de cette voie particulière de filiation. D'abord, il est net aujourd'hui en jurisprudence que la possession d'état ne peut être l'occasion d'une expertise génétique, la possession d'état étant dans son principe même détachée de toute réalité biologique et sanguine¹¹²². Ensuite, et surtout, le danger d'une telle analyse repose sur l'assimilation erronée de l'affect à la volonté. Tandis que l'affect suppose un vécu concret, la volonté, qui d'ailleurs s'exerce bien vers ce qu'elle veut, est un élément abstrait. Les manifestations de fait qui permettent la constitution de la possession d'état, *nomen, tractatus, fama*, sont bien, quant à eux, vécus.

¹¹¹⁸Comp. Dominique FENOUILLET., *ibidem*.

¹¹¹⁹ Article 311-1 du Code civil.

¹¹²⁰ Article 310-1 du Code civil.

¹¹²¹ Charles DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, 4^{ème} édition, Paris, Durand, 1870, 650 p, n°477 et s.

¹¹²² Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n°08-20.475, Bull. civ. I, n°116, p. 113 ; D. 2011, 1757, obs. Caroline SIFFREIN-BLANC; *Dr Fam* 2011, 150, note Claire NEIRINCK; *RTD civ* 2011, 524, obs. Jean HAUSER ; *Deffrénois* 2012, 139, note Nadège COUDOING ; *LPA* 11 juillet 2012, 7, obs..Marc PICHARD.

Récemment, à propos d'affaires relatives à l'admission de la filiation d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger¹¹²³, la possession d'état a été invoquée pour fonder une telle filiation. Ce point paraît édifiant d'un rôle inattendu que pourrait prendre la possession d'état. Dans la mesure où sa constitution n'exige qu'une attention de fait portée quotidiennement à l'enfant, la question se pose réellement de savoir si la Cour de cassation n'aurait pas pu admettre sur ce fondement, plus que sur un autre, la filiation. C'est alors la notion d'ordre public qui s'oppose à l'admission du lien.

Quoiqu'il en soit de ce développement de la possession d'état, il est certain en tout cas qu'elle vise l'affect vécu, et qu'elle revient, comme d'autres formes de parentalité, à faire prévaloir l'affect sur la biologie et sur la volonté.

810. Dès lors que la biologie est mise à distance par le moyen de l'adoption, ou par des formes de prise en charge d'enfants de fait, **l'affect joue un rôle régulateur de l'engagé et de la réponse qui sont dus** dans le cadre de ce lien humain spécifique, qui n'a pas nécessairement à prendre les formes d'une filiation juridiquement reconnue. Du point de vue de la responsabilité en effet, seul compte en fait le lien concret, qui détermine aussi bien le dommage lorsqu'il est blessé, que le degré de l'engagement, qui doit pouvoir reposer aussi bien sur un statut légal, que sur une connaissance concrète de la place d'une personne auprès d'un enfant.

Saisir l'affect sous un angle technique et « réel », c'est-à-dire concret, revient donc dans les situations de filiation, comme dans les hypothèses de couple, à tenir compte d'une forme de connaissance mutuelle, sur laquelle reposerait la responsabilité. Dans la filiation toutefois, cet affect concret est en plus un élément qui permet de comprendre autrement les rapports à la biologie, qu'il ne saurait être question en fait de remplacer.

811. De cette forme d'une reconnaissance entre les membres d'une même famille, qui certes ne saurait absorber tout le lien affectif, mais qui semble en présenter une face actuelle, apte à fonder des solutions de droit, il suit que le groupe familial peut apparaître

¹¹²³ Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°09-17.130, *Bull. civ I*, n°70 à 72 : « Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit, qu'en l'état de la convention du 29 octobre 2000 portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la possession d'état de Y... à l'égard de M. et Mme X... ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ; qu'une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

comme plus ou moins homogène, et marqué d'une solidarité, dont certains effets ont pu être déjà relever. Il est cependant nécessaire d'étudier spécifiquement cette question, notamment pour les implications qu'elle peut aussi avoir quant à la définition d'un « ordre public familial » dont il est parfois question en jurisprudence.

Sous-section II. SOLIDARITE FAMILIALE AFFECTIVE ET RESPONSABILITE

812. Parler de solidarité familiale traduit à la fois une forme d'homogénéité du groupe familial et une composante de sa particularité quant à la responsabilité. En effet d'abord, si la famille ne bénéficie d'aucune personnalité juridique¹¹²⁴, elle est néanmoins appréhendée par le droit comme un groupe, dont certains aspects sont « juridicisables ». Qu'importe de ce point de vue que des difficultés puissent subsister en droit quant à la définition stricte de ses frontières¹¹²⁵. Puisqu'en effet, il existe bien des droits¹¹²⁶, ainsi que des devoirs et des fonctions qui peuvent être attribués à la famille en tant que groupe, au-delà des membres qui la composent, notamment dans le lien qui est fait entre l'éducation des enfants et un certain respect de l'ordre public¹¹²⁷. La solidarité désigne alors un impératif d'entraide, qui serait un devoir de la famille.

Mais ensuite, la solidarité a bien également un sens particulier en droit de la responsabilité, et signifierait, appliquée à la famille, que dans les dommages que cause l'un de ses membres ou bien qui est causé à l'un de ses membres, le groupe familial pourrait être un responsable ou une victime. En ce sens, un tiers est donc supposé dans le rapport, de sorte que le groupe familial soit un corps homogène auquel il se confronte. La solidarité désigne alors un impératif de répondre de tous envers un tiers ou bien un impératif pour le tiers au contraire de répondre à tous.

¹¹²⁴ René SAVATIER, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1964, 454 p. Spécialement p. 153 et s.

¹¹²⁵ Quoique la prohibition de l'inceste puisse être un critère fiable, cf. *supra* introduction.

¹¹²⁶ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme avant tout.

¹¹²⁷ Malgré les critiques adressées à cette règle, le contrat de responsabilité parentale en atteste. Cf. article L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles.

813. Mais il est encore possible de comprendre la solidarité familiale comme étant au contraire une forme d'obstacle à ce que la responsabilité soit engagée à l'intérieur de la famille. Tout se passe en ce sens comme si la famille était une communauté dont les membres ne peuvent plus s'extraire et être distingués les uns des autres. C'est une forme d'aggravation de la solidarité au sens strictement juridique et de droit des obligations qui s'applique alors, faisant de chacun la partie d'un tout qui serait une valeur supérieur.

Cette solidarité là est dangereuse, puisqu'elle prive alors les membres blessés de la famille d'agir à l'encontre de l'un des leurs, et protège le groupe avant la personne. Il est donc capital de distinguer le « nous »¹¹²⁸ dont il a pu être question, et qui peut être une valeur positive n'abolissant pas, au contraire, l'existence propre de chaque personne dans un éventuel rapport de responsabilité, de cette solidarité envahissante qui fond chacun dans le groupe. Il s'agit en fait de comprendre l'élément affectif comme dépassant l'individu, ou relevant de sa subjectivité radicale, c'est-à-dire justement universalisable ; l'affect n'est ni purement subjectif, ni intersubjectif, ni purement objectif, mais cela ne fait qu'illustrer l'imperfection déjà connue de ces catégories¹¹²⁹, puisqu'il est un troisième terme dans la relation des personnes, qui n'existe pas en dehors d'elles mais qui pourtant constitue bien une entité distincte d'elles.

814. La solidarité familiale est ainsi susceptible d'interprétations ambivalentes, qui débouchent sur un refus de la responsabilité ou bien au contraire sur l'un de ses fondements, et qui sont directement dépendante de la signification abstraite (Paragraphe 1) ou concrète (Paragraphe 2) qui sera attribuée et reconnue pour l'affect.

¹¹²⁸ Cf. *infra*. p. 561.

¹¹²⁹ En philosophie ce thème est un rivage sur lequel presque tous ont passés, depuis la querelle des universaux aux phénoménologues, en passant bien sûr par le cartésianisme. L'objectivisme et le subjectivisme apparaissent comme deux pôles de la pensée, dont l'imperfection est toujours sentie mais qu'il est très difficile de dépasser. Toute l'ambiguïté de la pensée phénoménologique vient en partie de ce que le phénomène ne peut être que celui que saisit le sujet, qui doit alors pratiquer l'*epochè* pour saisir un objet dans son essence, car il y a bien une essence pour les phénoménologues. Il semble bien que l'on puisse classer, en histoire de la philosophie, la phénoménologie comme une tentative de résolution de l'opposition entre sujet et objet. Travailler sur les sentiments, quand bien même ce serait dans le cadre de la famille où ils sont plus « objectifs » du moins du point de vue juridique, ne peut ainsi se faire sans s'aventurer un peu ces côtes. Or, de s. Augustin à Scheler, l'effort est toujours celui d'une extraction de l'amour de son cadre a priori seulement subjectif. Augustin l'a fait par la charité et Scheler par la sympathie.

Paragraphe 1. Les écueils d'une solidarité fondée sur un affect abstrait

815. Lorsque la **solidarité** est définie par rapport à un élément affectif abstrait, c'est-à-dire par rapport à un idéal projeté sur la famille d'harmonie, elle **oppose le groupe familial, entendu comme une unité pratiquement indivisible, à un tiers**. L'ordre public est alors potentiellement visé, en ce qu'il est soit une cause de la préservation de cette union familiale¹¹³⁰, soit un but, que le groupe familial soudé poursuivrait. C'est parce qu'il s'agit de confronter en somme les intérêts d'un tiers à ceux de la société familiale que l'affect paraît être saisi d'une façon abstraite. En effet, les écueils relevés en la matière paraissent entièrement dépendants d'une volonté jurisprudentielle d'indemniser les membres de la famille, en faisant abstraction des éventuels liens qui existent entre eux, mais en tenant compte de l'opposition d'un lien entre les membres et d'une distance par rapport à celui qui y est extérieur. La famille apparaît comme un groupe à protéger contre les agressions extérieures, et l'affect est alors une valeur que l'on présume, même sans chercher à en observer les manifestations.

Rien n'interdisait pourtant en principe que soit retenue une définition réaliste de l'affect même dans une situation de conflit entre la famille d'une part et les tiers d'autre part, mais le sens de la solidarité s'en trouverait alors certainement modifié, dès lors qu'une appréciation concrète de l'affect suppose que la solidarité ne soit pas une référence à une totalité, mais bien à des membres différenciés dont les rapports suppose que chaque personne soit placée face à l'autre, et face au tiers ensuite seulement.

816. Il existe deux situations qui peuvent être révélatrices des difficultés que pose l'assimilation de l'affect à un élément abstrait, qui sont d'une part le préjudice d'affection par ricochet qui engage la responsabilité d'un tiers (I), et d'autre part celui qui implique spécifiquement une responsabilité intrafamilial sur le même fondement (II).

¹¹³⁰ TGI Toulouse, 30 octobre 1995, quoique cette décision montre un réel poids accordé justement à l'affection concrète « [le principe de la prééminence d'un ordre public familial] comporte en lui-même un ordre public affectif devant lequel la loi nationale doit s'effacer ; qu'en effet, on ne saurait contester le droit de deux êtres à s'aimer et à agir en fonction de ce sentiment ; que la loi-elle-même a concrétisé ce principe, en imposant, d'une part, dans le cadre du mariage l'obligation de secours et d'assistance et, d'autre part, en excluant de la répression du recel de criminel la famille proche de celui-ci ainsi que sa concubine ; (...) ».

**I. LE PREJUDICE D’AFFECTION « PAR RICOCHET » DONT LE TIERS
EST LA CAUSE DIRECTE,**

817. L’affect joue apparemment bien ici puisqu’il explique la responsabilité d’un tiers pour les sentiments blessés des membres de la famille. Le principe même du préjudice par ricochet implique que des rapports privilégiés existent entre la victime principale et la victime par « ricochet ». Deux questions peuvent être soulevées quant au principe de l’admission de ce préjudice lorsqu’il est affectif, et qui doivent être relevées avant même de se pencher sur la difficulté classique que pose son indemnisation en pratique.

Si ce principe est admis sans discussion, on peut se demander s’il ne permet pas en certaines circonstances particulières d’engager la responsabilité d’un tiers par préférence à celle qui aurait pu être recherchée à l’intérieur de la famille. En effet, finalement le préjudice par ricochet est souvent celui sur lequel le proche pouvait jouer, et alors on engagerait la responsabilité d’un tiers ou vis-à-vis d’un tiers pour ne pas engager celle d’un membre de la famille¹¹³¹. Et même lorsque la faute d’un tiers entraîne le décès de la victime principale, l’indemnisation des proches au nom d’un préjudice par ricochet, qui se trouve bien justifiée au fond, renvoie nécessairement à une certaine conception de la solidarité qui suppose que le mal subi par l’un afflige le groupe familial tout entier.

Quant au principe même encore de la reconnaissance d’un préjudice par ricochet, il serait possible également de noter que sa possibilité même devrait permettre que soit conçue alors peut être plus aisément l’idée d’une responsabilité en chaîne de la famille, telle qu’elle se présente alors non envers un tiers, mais contre un membre de la famille, tel que cela a pu être proposé par exemple pour les situations de maltraitances. Une telle responsabilité en chaîne pourrait répondre au préjudice par ricochet, mais ne serait envisageable que dans une limite stricte, puisqu’il faudrait alors exiger qu’il existe bien une faute spécifique¹¹³².

¹¹³¹ TGI Reims, 19 juillet 2005, Juris-Data n°2005-281292. Il ne s’agit pas de nier qu’en bien des occasions, le tiers est bien le seul responsable du dommage causé, mais il s’agit simplement de relever qu’il est possible d’attribuer cette finalité au préjudice par ricochet d’indemniser tout en préservant la paix d’une famille déjà frappé d’un drame.

¹¹³² Il ne s’agit bien évidemment pas d’en revenir pas d’en revenir à une responsabilité commune comparable à celle qui existait à Rome ou en Grèce, et qu’a bien étudiée Gustave GLOTZ., *La solidarité dans la*

818. La réparation du préjudice d'affection par ricochet fait souvent l'objet de débats relatifs à son bien fondé, soit que l'on estime que les sentiments n'ont pas de prix¹¹³³, soit que l'on estime que le rôle de la responsabilité civile n'est pas d'offrir une compensation à la douleur d'un évènement familial tragique¹¹³⁴. S'il retient l'attention ici, ce n'est pas tant par la reconnaissance des liens qui fondent la « légitimité » de sa demande, ni par les présomptions que l'on se trouve alors obligés d'établir à partir d'éléments de faits pour démontrer que la douleur est réelle à voir l'autre souffrir. Dans la mesure où ce préjudice d'affection est reconnu dans la famille, dans les relations pour lesquelles ces présomptions répondent justement à un certain automatisme, c'est surtout en tant que révélateur de la façon dont l'élément affectif est appréhendé qu'il doit retenir ici notre attention.

Dans le cadre familial légal, le préjudice moral par ricochet repose sur un élément affectif, que l'on suppose blessé, et réparable par un tiers, et qui ne semble pas devoir être observé concrètement. L'affection fonde donc directement cette responsabilité, de manière explicite.

819. Sur son contenu pourtant, cet affect blessé pose problème lorsque le tiers se trouve seulement indirectement être la cause du préjudice d'affection invoqué. Car si le préjudice par ricochet dont la réparation est demandée est causé directement par l'action d'un tiers, l'affect, même abstraitement observé ne conduit qu'à des solutions dont l'opportunité est peu contestable. C'est bien lorsque le tiers ne joue un rôle qu'indirect dans l'actualisation du préjudice que cette affect idéalisé conduit à des solutions aberrantes. L'un procédant de l'autre, il était bien nécessaire de revenir dans un premier temps sur le préjudice d'affection par ricochet en sa forme « classique », mais les difficultés majeures ne se posent en fait que dans le cas où l'intervention du tiers peut être mise à distance.

famille dans le droit criminel en Grèce, Paris, Albert Fontemoing éditeur, 1904, 621 p. consulté sur <http://www.gallica.fr>

¹¹³³ Le célèbre article de Gérard MEMETEAU, « La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », *in Gaz. Pal.*, 1^{er} août 1978 p. 400 à 403, déjà mettait en lumière les difficultés soulevées par cette thématique.

¹¹³⁴ Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile conduit par François TERRE contient des mesures visant à réduire l'admission d'un tel préjudice, en nommant exactement les personnes qui pourraient l'invoquées et en le faisant reposer sur l'existence d'un préjudice corporel de la victime principale.

II. LE PREJUDICE D'AFFECTION « PAR RICOCHET » DONT LE TIERS EST LA CAUSE INDIRECTE

820. Il peut advenir qu'un préjudice d'affection soit invoqué à l'encontre d'un tiers dont l'action n'est finalement qu'indirectement liée à lui. En ce cas, le sens de la solidarité se trouve interrogé, parce qu'alors il s'agit bien de préserver un groupe familial à tout prix unifié, pour ne pas voir, peut-être, qu'il est fragile et que les souffrances réparables sont imputables aux proches plutôt qu'au tiers. L'affect dont il est question alors ne peut qu'être idéalisé, puisqu'il est destiné à simuler une cohésion dans les faits rompue par l'événement dommageable. *L'affect devient un alibi.*

Une jurisprudence isolée, mais peut-être révélatrice des ambivalences de l'interprétation donnée à l'affection, paraît pouvoir représenter l'idéaltype de cette mouvance idéaliste et positiviste, qui tout en se refusant à introduire une valeur en même temps que l'affection, en implique pourtant une.

821. Certains juges du fond avaient ainsi en 2005 reconnus le préjudice moral par ricochet de deux enfants, du fait de la naissance de leur sœur trisomique¹¹³⁵. Si ce jugement avait été remarqué¹¹³⁶, c'était surtout en ce qu'il paraissait revenir dans son principe à la jurisprudence « Perruche » pourtant abolie. Il était effectivement bien difficile de comprendre comment un texte qui avait été mis en place pour prohiber les demandes d'indemnisation formulées au nom d'un enfant handicapé, et qui n'auraient pour cause d'autres faits que la naissance elle-même, pouvait être dans cette affaire invoqué par les juges pour admettre que cette seule naissance puisse par contre causer à d'autres, fussent-ils les

¹¹³⁵ TGI Reims, 19 juillet 2005, Juris-Data n°2005-281292. « (...) le docteur Claude P. par les fautes commises lors du suivi de la troisième grossesse de Madame Sandrine D. a engagé sa responsabilité envers Corentin et Tanguy P. leur causant la perte de chance de ne pas subir les dommages consécutifs à la naissance dans leur foyer d'un enfant trisomique 21 ». Dans l'exposé de ses motifs, le tribunal de grande instance précise que la naissance de leur petite sœur a « bouleversé les conditions de vie des deux garçons », par le temps que leur mère a dû consacrer à l'enfant, par la souffrance de leurs parents dont ils ont été témoins, ainsi que par le divorce qui s'en est suivi. On notera que si le préjudice retenu semble être celui de la perte d'une chance de ne pas subir les dommages, il ressort bien des motifs que c'est un préjudice moral par ricochet que l'on indemnise.

¹¹³⁶ Voir les notes suivantes : Daniel VIGNEAU, « Tout fait de naissance avec handicap, qui cause à autrui un dommage, oblige le médecin par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (?) », *in Droit de la famille*, n°12, Décembre 2005, comm. 283 ; Pierre MURAT, « L'avènement de l'enfant-préjudice », *in Droit de la famille*, 2005, repère 10,

frères de cet enfant, un préjudice réparable. Les juges ont pourtant admis une telle réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

822. Il est délicat d'interpréter cette solution : sans l'intervention du tiers responsable, en l'occurrence le gynécologue-obstétricien, on doute que la naissance de l'enfant handicapée ait pu constituer une source de préjudice pour ses frères. L'opportunité, discutable au demeurant, de l'engagement de la responsabilité ne repose ici vraisemblablement que sur celle, plus compréhensible, de compenser les difficultés rencontrées par une famille à la suite de cette épreuve¹¹³⁷. En d'autres termes, s'il n'y avait eu personne en dehors de la famille pour répondre de ce « préjudice », aurait-il pu seulement exister ?¹¹³⁸ Pourrait-on imaginer des enfants qui engagent la responsabilité de leurs parents pour avoir mis au monde un autre enfant, handicapé ou non d'ailleurs à ce stade, les privant d'une partie de leur temps avec eux, ou même les obligeant à assister aux inquiétudes qu'ils nourriraient à l'égard de cet enfant plus jeune ?¹¹³⁹ Pourrait-on imaginer encore un enfant qui demande sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle réparation à son frère ou à sa sœur pour le préjudice qu'il subit du fait de sa naissance ? Sans trop hésiter, on peut répondre que de tels développements de la jurisprudence relèveraient sans doute de la science-fiction.

Mais tout de même ce qui marque l'écart entre ces hypothèses choquantes et celle qui a pu justifier l'engagement d'une responsabilité en 2005, ce n'est que la qualité du responsable. Le préjudice, lui, est bien le même dans tous ces cas de figure.

823. Qu'importe que les juges aient pu prétendre se laisser convaincre par l'idée que ce qui constituait le préjudice n'était pas la naissance elle-même, mais bien les conséquences de cette naissance, et qu'importe à la limite que cette naissance soit celle d'un enfant handicapé.

D'une part, dire que le préjudice n'est pas la naissance, mais les suites douloureuses de cette naissance dans la famille revient à faire une application absurde de la distinction entre le dommage et le préjudice, et à occulter comme dans l'affaire « Perruche » le fait que la vie de l'enfant handicapée ne pouvait pas être sans la maladie. Et même, la véritable question est

¹¹³⁷ Et on passe alors d'une solidarité fondée sur un affect idéalisé à une autre forme sociale de la solidarité, peut-être plus conforme à ses manifestations habituelles en droit de la responsabilité.

¹¹³⁸ C'est une interrogation que relève Daniel VIGNEAU, op. cit.

¹¹³⁹ Il est alors question d'un affect jaloux, bien peu conciliable en apparence avec l'idée d'une solidarité familiale, mais qui ne s'y concilie en l'espèce qu'au prix d'une présentation tronquée de sa nature.

bien celle de savoir si la naissance d'un enfant peut être un *dommage*, pour lui, pour ses parents, pour ses frères et sœurs... Ou bien si, comme dans les décisions rendues en la matière, qu'elles l'aient été avant ou après le dispositif « anti-perruche »¹¹⁴⁰, on fait de la mauvaise information médicale une faute dont le dommage consécutif s'excipe de l'impossibilité pour la mère d'envisager l'interruption volontaire de grossesse. Alors la naissance de l'enfant malade est de nouveau perçue comme un *préjudice*.

D'autre part, si le préjudice est reconnu dès lors que les frères et sœurs ont pu passer moins de temps avec leurs parents, et les ont vus souffrir de la situation d'un des leurs, on ne voit plus en quoi la portée de ce raisonnement devrait être limitée à la situation de l'enfant atteint de trisomie 21. L'engagement de la responsabilité signifie que le manque affectif subi par les enfants aînés du fait de la naissance de leur sœur est apparu comme réparable en droit. Quelle que soit la maladie dont est atteint l'enfant, ce manque peut être constitué. Le seul point sur lequel les juges ont ici fait peser la responsabilité et qui soit propre à une situation de handicap ou de maladie, c'est celui de la souffrance des parents à laquelle les enfants ont été exposés.

Cette souffrance ne serait vraisemblablement pas reconnue si le dernier né était en parfaite santé, quoique l'on puisse douter de la solution qui pourrait être retenue si ce dernier né était un adolescent par exemple toxicomane, dont la dépendance, qui ne serait liée à aucun syndrome, pourrait bien légitimer, dans cette logique, une souffrance parentale aigüe.

824. Le sens d'un tel arrêt, même si sa solution n'était vouée à aucune répétition, va en réalité au-delà de l'engagement de la responsabilité du médecin. Car, il faudrait prouver que sans l'intervention d'un tiers, aucun dommages et intérêts n'auraient été dus aux enfants par leurs parents, ce qui est loin d'être une évidence. Ce sont bien les parents qui n'ont pas fait face à la situation de telle sorte que leurs autres enfants n'en subissent pas les conséquences. Ce terrain de l'incapacité des parents, cruel car la réalité de l'éducation d'un enfant qui souffre d'un handicap ne peut être simplifiée, comme peut l'être aussi

¹¹⁴⁰ Article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, inscrit dans l'article L 114-5 du Code de l'action sociale et des familles. « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».

d'ailleurs celle d'un enfant qui ne serait affecté d'aucune maladie, est celui sur lequel, *in fine*, il faut comprendre la décision rendue à Reims.

C'est un tiers qui assume la responsabilité juridique d'un dommage qui ne peut qu'être causé par les parents à leurs enfants. Peut-être faut-il se réjouir de ce que la famille soit « protégée » de ces actions qui pourraient lui être internes, et la faire éclater, par le truchement d'un tiers, qui paye pour préserver la solidarité familiale. Mais ce ne serait qu'une joie bien amère et passagère, dès lors que le tiers apparaît aussi comme le prétexte de l'engagement d'une responsabilité qui n'aurait pas existé du tout sans lui. Une fois née, rien ne la limite en principe à la seule personne du tiers. Que le regard se porte sur le préjudice, qui est celui des enfants aînés, sur la faute, qui ne serait que plus tristement logique si elle était rapportée aux parents plus qu'au gynécologue obstétricien, ou surtout sur le lien de causalité qui n'existe en fait que dans la relation filiale, aucun élément de cette responsabilité ne peut en fait exclure de son champ les parents.

825. Cette décision a beau n'émaner que d'un tribunal de grande instance, il serait imprudent d'en négliger la portée. D'abord parce que les juges du fond sont bien ceux qui ont le plus souvent à aborder ces questions familiales, pour lesquelles la Cour de cassation n'a que très rarement à se prononcer au vue de l'importance des données purement concrètes de fait¹¹⁴¹.

Ensuite parce que cette décision est bien symptomatique d'un mouvement jurisprudentiel constant, qui repousse toujours davantage les limites de la responsabilité familiale en admettant de plus en plus largement les actions des membres de la famille et en légitimant un nombre croissant de préjudices, au besoin en les qualifiant d'affectifs.

826. Ce point appelle d'ailleurs une précision : **si l'on s'en tient à la définition de l'élément affectif sur laquelle ce travail s'est fixé, il est admis d'une façon problématique dans cette affaire.** On l'analyse comme un préjudice par ricochet, et donc comme un préjudice qui serait issu du dommage causé par un tiers à un proche, alors que les motivations de la décision montrent bien que les deux enfants indemnisés n'invoquent pas la souffrance

¹¹⁴¹ Et sans doute également la faible propension des familles à agir contre les leurs jusqu'au stade du pourvoi, quoiqu'il n'existe, à notre connaissance, aucune donnée nous permettant de comptabiliser le nombre d'instances qui s'interrompent au premier degré en raison des liens personnels qui uniraient le défendeur et le demandeur. On peut néanmoins raisonnablement accrédiéter cette thèse, quand on constate qu'au stade pénal, la plupart des plaintes déposées contre un membre de la famille sont retirées avant qu'une poursuite n'aboutisse.

qu'ils subissent du fait de voir leur jeune sœur handicapée, mais bien celle qu'ils subissent de voir leurs parents en pâtre, et moins disponibles pour eux. Ils sont des victimes par « double-ricochet » à la rigueur, sans qu'il soit possible de dire en quoi le médecin pourrait être celui qui leur cause cette peine de voir leurs parents séparés et accaparés chacun par leur dernière née.

L'idée d'un préjudice purement affectif est employée comme pour masquer ce lien de causalité diffu, alors qu'il devrait en principe être limité à ce qui touche une relation directe entre personnes, c'est-à-dire au préjudice de celui qui est blessé par un proche en engageant sa responsabilité ou à celui qui voit un proche blessé par un tiers comme préjudice par ricochet, mais en tous cas pas au préjudice de celui qui est blessé par un proche dont on attribue le dommage à un tiers qui est extérieur à la relation sur laquelle l'affect repose.

D'autre part, le préjudice affectif devrait ne pas pouvoir être engagé lorsque la situation concrète dans laquelle les personnes sont plongées ne pouvait aboutir à rien d'autre. En réalité, le préjudice affectif suppose nécessairement que l'acte dommageable revête une gravité particulière, laquelle ne s'examine qu'à travers les conditions particulières dans lesquelles elle est intervenue. Dans l'espèce qui est étudiée, les parents n'auraient pu être aucunement affectés par la naissance de leur enfant handicapé, ni n'auraient pu s'occuper d'elle tout en demeurant libres de leur temps, et tout aussi disponibles pour leurs autres enfants. Ils auraient pu, certes, ne pas se séparer dans cette difficulté, mais alors, si ce divorce là est fautif, on ne comprend plus en quoi tous les autres ne le seraient pas, dans la mesure où ils sont sans doute toujours pénibles pour les enfants.

827. Il apparaît ainsi que la méconnaissance de l'affect pour ce qu'il est, c'est-à-dire un élément concret, peut entraîner des solutions techniques incohérentes quant à la responsabilité à engager. En le redéfinissant come un réel¹¹⁴² il serait possible de concevoir la notion de solidarité avec une lucidité plus grande, pour ce qu'elle fonde de la responsabilité, mais aussi pour ce qu'elle l'entrave.

¹¹⁴² On peut en croire ici le mot de Lacan selon lequel « le réel, c'est ce qui revient », en ce sens que l'affect, lorsqu'il est travesti, paraît devoir causer des situations de responsabilité inextricables, et exiger de la sorte à être vu. Cf. François BALMES, *Ce que dit Lacan de l'être : 1953-1960*, Bibliothèque du Collège International de Philosophie, PUF, Paris, 1999, 214 p.

Paragraphe 2. Responsabilité et solidarité fondée sur un affect concret et réaliste

828. Durkheim a distingué une solidarité mécanique, qu'il attribue aux sociétés de petites tailles, où l'identité des individus est la source de solidarité, qui est donc en un sens affective, **d'une solidarité organique**, plus objective, reposant sur la division des tâches entre les individus¹¹⁴³. La première étant fondée sur les ressemblances, elle implique un droit plutôt répressif, tandis que la seconde, reposant sur les différences, implique une plus grande liberté, mais suppose qu'une relative indépendance existe entre les membres du groupe solidaire. L'application de cette théorie sociologique à la famille était déjà pour Durkheim une source de difficulté.

Elle est utile néanmoins à la compréhension des enjeux de la solidarité dans la famille dès lors que l'affect reçu dans sa portée concrète semblerait s'inscrire dans une forme plutôt mécanique de la solidarité, mais sans qu'elle soit alors nécessairement moins ouverte aux libertés de chacun, puisqu'en vérité s'il y a une forme de « ressemblance » entre ses membres, cela ne peut être que parce qu'il sont d'abord bien chacun une personne. L'acceptation idéale de l'affect, abstraite, reposerait plutôt quant à elle sur une forme de solidarité organique, dès lorsque cet affect abstrait est bien attaché à des fonctions, qu'elles soient celles de la famille par rapport à un corps social tiers, ou bien celles de chacun des membres de cette famille, en distinguant par exemple celui qui détient l'autorité parentale. De cette manière se trouve expliquée d'une façon assez édifiante les glissements de l'autorité à la responsabilité.

829. De cette présentation sociologique de la solidarité, il peut découler, pour la responsabilité familiale, une certaine interprétation de sa valeur. L'affect navigue certainement entre les deux formes de solidarités décrites par Durkheim, puisqu'en tant qu'élément de lien, il relève de la ressemblance et de la différence¹¹⁴⁴. Mais dans son association avec la solidarité, qui vise d'une façon ou d'une autre à concevoir une forme de totalité, il peut revêtir un sens différent selon qu'il est observé *a posteriori* ou présumé *a priori*. Et encore, lorsqu'il est bien défini de façon concrète et « réelle », il peut acquérir le

¹¹⁴³ Emile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Quadrige, PUF, Paris, 2004, [1893], 416 p.

¹¹⁴⁴ Et de la différence d'abord peut-être, du moins est-ce en somme ce que pose SCHELER à propos de la sympathie : *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, (Lefebvre, trad.), Paris, Petite bibliothèque Payot, 2003, [1913], 496 p.

rôle d'une barrière, empêchant l'un des membres de la famille d'agir contre les autres qui pourtant lui causent un préjudice, ou bien au contraire le rôle d'une protection, destinée non plus alors à empêcher le fonctionnement de la responsabilité dans la famille, mais à en limiter l'engagement de l'extérieur.

830. On pourrait ainsi distinguer deux formes de solidarités, dont l'une est négative (I), et l'autre positive (II).

I. RESPONSABILITE ET SOLIDARITE « NEGATIVE »

831. Bien qu'observé apparemment sous son jour « réel » et concret, **l'affect peut, lorsqu'il fonde une forme de solidarité familiale, avoir une valeur négative vis-à-vis de la responsabilité qu'il empêche.** Ce rôle spécifique ne joue que lorsque la responsabilité aurait pu ou dû être engagée entre un auteur et une victime appartenant à la même famille. La solidarité semble s'opposer ainsi, en un sens tout à fait propre à la famille, à la responsabilité.

Mais à y regarder de plus près, et si l'on admet bien que la solidarité revient en droit de la responsabilité à une forme de mutualisation du risque¹¹⁴⁵, il se pourrait que l'opposition soit réduite. Car en effet, lorsque la solidarité joue en « négatif », pour interdire que la responsabilité soit engagée dans la famille entre auteur et victime, elle conduit bien d'une certaine façon à neutraliser le dommage, en le donnant à assumer à un groupe familial dans son ensemble. C'est ainsi qu'en vérité, chaque fois qu'une condition particulière de gravité est ajoutée aux critères classiques de l'engagement de la responsabilité délictuelle¹¹⁴⁶, une solidarité « négative » joue pour interdire que la responsabilité soit mise en œuvre sous ce seuil de gravité, qui est donc un seuil de tolérance¹¹⁴⁷, en deçà duquel la famille, regardée comme groupe de semblables, doit assumer elle-même les risques qu'encourent ses membres du fait même de leur communauté de vie. Deux éléments fonderaient ainsi cette forme de

¹¹⁴⁵ Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public pour l'année 2005, Etudes et documents, La documentation française, 399 p. Voir surtout p. 204 et s.

¹¹⁴⁶ Ce qui paraît être le principe en matière de responsabilité familiale, aussi bien dans le couple, que dans les rapports filiaux. Cf. *supra*. p. 204 et s.

¹¹⁴⁷ C'est aussi finalement le seuil de gratuité dont parlait ZALEWSKI dans sa thèse, *Famille, devoirs, et gratuité*, Condé-sur-Noireau, L'Harmattan, 2004, 452 p.

solidarité, qui sont l'idée que la famille est une communauté de « semblables », et celle d'un risque familial couru à cause de la proximité des rapports.

832. Cette idée d'un risque lié à la vie familiale n'est pas directement formulée en droit, et **ne se découvre bien qu'à travers les interrogations qui portent sur le sens de la solidarité familiale**. Elle est pourtant assez révélatrice d'une ambivalence profonde de la responsabilité familiale, qui se trouve ainsi à la fois quelque peu extraordinaire par rapport à ce que la responsabilité réclame comme conditions et à la façon dont elle s'applique ailleurs, et à la fois prise dans un même mouvement général de référence au risque¹¹⁴⁸. Le risque est ainsi désormais fréquemment invoqué au fondement de la responsabilité civile délictuelle, et lié à des conceptions élargies de l'indemnisation.

Mais cette idée de risque suppose aussi que le dommage soit rattaché d'une manière nouvelle à la personne qui le subit, dans la mesure où le risque renvoi bien à un rôle lointain de celui qui le prends ou qui le court. D'une façon très saillante alors, parler d'un risque dans la famille, non pas seulement pour critiquer ironiquement la responsabilité des parents du fait de leurs enfants quand la faute a disparu de cette responsabilité du fait d'autrui¹¹⁴⁹, mais encore pour identifier une cause de solidarité spécifique, signifie que le lien humain qui se crée dans la famille engage aussi celui qui le noue à prendre un risque. Lorsqu'est évoquée parfois, notamment à propos de dommages environnementaux, la notion d'un risque « diffus »¹¹⁵⁰, il serait alors peut-être permis de raisonner de façon analogue en famille, et de supposer qu'en ce lieu aussi un risque « diffus » est couru.

Cette part de risque, qui peut être contestée si elle fonde une responsabilité parfois tournée uniquement vers l'indemnisation, pourrait l'être aussi lorsqu'à l'inverse elle fonde une impossible responsabilité. Il faudrait pouvoir en fait distinguer les risques qui sont simplement liés à l'engagement personnel que prennent les membres de la famille les uns envers les autres, puisqu'effectivement le rapport entier de personne comporte un risque, au sens où ce qui se joue est toujours « vital », des risques qui sont, abusivement, attachés aux contingences de la communauté de vie, comme ceux qui pourraient être rattachés au fond à

¹¹⁴⁸ Pour une analyse plutôt pessimiste de la notion de risque, parce que le risque serait désormais incontrôlable, voir Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Laure Bernardi (trad.), Champs, Flammarion, Paris, 2008, [1986], 521 p.

¹¹⁴⁹ Denis MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation ») », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 569 à 593 ; Hervé LECUYER, « Une responsabilité déresponsabilisante », *Dr Fam* 1997, n°3, Repères, p. 3.

¹¹⁵⁰ Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, Lonrai, 2013, p. 505.

l'impossible qualification du vol en famille¹¹⁵¹. Les derniers risques fondent bien un seuil d'irresponsabilité critiquable, et n'ont peut-être pas à être assumés par les membres de la famille. Les premiers en revanche sont inhérents au rapport familial, mais n'interdisent la responsabilité que dans une mesure moindre, d'un comportement qui est regardé comme devant appeler le pardon. Ce sont bien les risques relatifs à la sincérité de l'engagement des personnes dans la famille qui sont rattachables à l'exercice concret d'un affect, et qui peuvent dès lors expliquer au plan technique l'existence d'une forme de solidarité « négative ».

833. Quant à l'idée selon laquelle la famille serait un groupe de semblables, et qui alors est éclairée par l'analyse de Durkheim sur la solidarité mécanique¹¹⁵², elle doit, dans sa transposition à une analyse de droit, être utilisée avec précautions. Précautions relatives surtout au sens qu'il convient de donner à ce terme de « semblables ». Une dérive consisterait à faire des semblables des « mêmes », et à justifier alors la solidarité par l'idée que le groupe familial n'est plus composé de membres qui puissent en être chacun séparés. La cellule familiale est alors bien une unité, mais qui existe sans que soient d'abord avisés les personnes qui y vivent.

En évitant cet écueil, l'idée que la solidarité « négative » de la famille repose sur un groupe de semblables signifie que les membres de la famille sont liés par des rapports, mais qu'à ce titre justement ils demeurent bien chacun différents. Un peu à la façon de ce qu'avait bien rappelé Scheler à propos de la sympathie¹¹⁵³, qui commandait non pas de se mettre à la place d'autrui, comme s'il était possible de confondre deux identités, mais d'imaginer cette place d'autrui tout en restant précisément à la sienne, les semblables familiaux ne le sont qu'à la condition d'être *d'abord* différents¹¹⁵⁴. L'objet de la sociologie sans doute n'a pas vocation naturelle à saisir cet aspect, mais en utilisant le concept durkheimien en droit, il est indispensable d'en comprendre cette facette. La solidarité alors, n'est plus, même en négatif, ce qui fond les personnes dans une masse familiale soudée, mais elle est simplement un rapport d'analogie entre ses membres, qui contribue à rendre en principe les déséquilibres moins sensibles. La responsabilité ainsi ne s'en trouverait pas exclue en général, et pour elle-

¹¹⁵¹ Sur cette immunité cf. *supra*. p. 99.

¹¹⁵² Emile DURKHEIM, *op. cit.*

¹¹⁵³ « Contrairement à ce que pensent Schopenhauer et Hartmann, la sympathie, loin d'être une preuve de l'identité essentielle des personnes, suppose plutôt leur différence essentielle (base dernière de la différence qui les épare dans leur existence réelle) », Max SCHELER, *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Lefebvre (trad.), Paris, Petite bibliothèque Payot, 2003, [1913], p. 149.

¹¹⁵⁴ Pour une application au couple, voir Jean-Marc TRIGEAUD, « Rosmini, Portalis et l'union des sexes dans le code civil français », *in Droits premiers*, Bordeaux, Éditions Bière, 2000, p. 121 à 134.

même, mais elle serait distancée par les défaveurs qu'y connaissent ses conditions même d'apparition. La responsabilité, en tant que mécanisme de rééquilibrage aurait alors dans la famille toute sa place, mais se trouverait, par l'effet même de l'exercice concret de l'affection, moins susceptible d'y naître. Ce n'est pas là une différence de nuance, et il convient de donner toute sa portée technique à cette remarque, qui signifie donc bien que la responsabilité n'est définitivement pas incompatible avec la gratuité affective¹¹⁵⁵, mais qu'elle s'y manifeste moins.

834. Il apparaît ainsi que la solidarité « négative », qui est bien un obstacle à ce que la responsabilité se trouve mise en œuvre dans la sphère familiale, ne l'est que parce que ses conditions d'apparitions sont mises à mal par l'affect, qui rend la naissance du déséquilibre moins aisée que dans des rapports humains plus distants. Il est toutefois impossible de nier que cette solidarité « négative » puisse conduire à des dangers et à des excès¹¹⁵⁶, dont on ne peut se garder qu'en restant au plus près de la situation concrète. Car il est vrai que la responsabilité est parfois plus protectrice en fait de la personne et de ses affectations que ne l'est une solidarité envahissante et idéalisée.

Les mêmes dangers n'existent pas nécessairement lorsque la solidarité joue un rôle « positif » en mettant à distance non plus les déséquilibres à l'intérieur de la famille, mais entre la famille et la société des tiers.

II. RESPONSABILITE ET SOLIDARITE « POSITIVE »

835. La solidarité dans la famille, lorsqu'elle repose sur la considération d'un affect concret, fonde également un rapport positif à la responsabilité, soit en posant des règles d'assistance entre ses membres, soit en empêchant qu'un tiers puisse exercer une responsabilité à l'encontre de la famille.

¹¹⁵⁵ Cf. *supra*. p. 76.

¹¹⁵⁶ Notamment en interdisant la condamnation du vol en famille, mais aussi en troublant profondément la découverte d'une « chaîne » de responsables, comme cela a pu être relevé en matière de maltraitances familiales.

Dans le premier cas, la solidarité est une valeur qui fait de la famille un cercle d'entraide qui doit surpasser l'entraide sociale, et dans le second, cette entraide familiale se trouve protégée de l'engagement d'une responsabilité lorsqu'elle a causé un dommage à un tiers. Ces deux aspects de la solidarité qui s'exprime ainsi paraissent bien devoir interroger la théorie durkheimienne de la solidarité, puisqu'ils sont à la fois organiques et mécaniques, en attribuant à la famille un rôle social différent et propre, et en constituant dans la famille un groupe de semblables qui ont à s'assumer ensemble. Mais précisément, parce que cette théorie de la solidarité permet de comprendre ses rapports avec les semblables et avec les différents, elle peut être aussi plus apte à faire ressortir ce que l'on doit à l'affect dans sa forme.

836. Concernant concrètement d'abord, la valorisation de l'entraide familiale par rapport à une entraide sociale, **l'Etat providence avait peut-être commencé d'entraîner l'idée selon laquelle les pouvoirs publics assureraient l'aide qui devait ressortir du domaine familial**, et notamment celle due aux ascendants lorsque leur vie active ne leur permet plus de subvenir à leur besoin, mais cette idée ne saurait plus être entièrement d'actualité¹¹⁵⁷. C'est bien dans la famille que cette solidarité est d'abord attendue, et même commandée, comme en atteste par exemple l'article 205 du Code civil¹¹⁵⁸. S'il a pu être relevé que dès lors que cette solidarité était inscrite dans la loi, et qu'elle ne dépendait que de l'existence d'un besoin d'une part et d'une capacité à les combler d'autre part, elle n'était plus l'effet d'un devoir « naturel »¹¹⁵⁹, cela n'entraîne pas que l'affect y soit moins présent. L'analyse inverse peut même être proposée. En effet, l'obligation alimentaire qui est due ne saurait l'être qu'en vertu d'un besoin concret, et d'une capacité de celui qui en est débiteur à l'assumer sans en pâtir lui-même. Cette approche concrète de l'obligation alimentaire est justement la plus propre à examiner un lien réel entre les personnes, sans que cela ne lui fasse perdre son caractère moral par ailleurs.

Mais à propos de cette légalisation de la solidarité alimentaire entre descendants et descendants, ce qui avait surtout retenu l'attention, c'était la possibilité admise en

¹¹⁵⁷ Michel CHAUVIERE et Michel MESSU, « Les apories de la solidarité familiale, Contribution à la sociologie des configurations de justice entre les familles et l'Etat dans le cas français », in *Sociologie du travail*, Volume 45, n°3, décembre 2003, p. 327 à 342.

¹¹⁵⁸ « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

¹¹⁵⁹ Notamment, on trouve une synthèse de cette question dans l'article de Dominique EVERAERT-DUMONT, « L'assistance aux personnes âgées : quand le dévouement devient source d'indemnisation ou de rémunération », in *LPA*, 19 novembre 2003, n°231, p. 8.

jurisprudence d'obtenir une réparation pour le « surplus ». Il est vrai que par le biais notamment d'une action *de in rem verso*, les juges avaient acceptés depuis 1994¹¹⁶⁰ d'indemniser l'enfant qui avait excédé son devoir envers ses parents. Sans que l'affection soit visée, il a alors bien été question de voir par là quelques entailles données à une forme morale de solidarité familiale. Pourtant, le critère de l'excès, qui est encore exigé en ce cas pour qu'une réparation soit admise, semble être justement de nature à permettre une évaluation concrète de la situation. Ce faisant, ce n'est pas la piété filiale qui toute entière est accaparée par le droit, pour quitter le domaine d'une solidarité plus morale, mais ce sont seulement ses excès, lesquels ne se mesurent qu'à l'aune d'abord de ce que réclame l'aidant, marquant ainsi lui-même les limites de son affection, et à l'aune ensuite des éventuels déséquilibres qui en seront nés¹¹⁶¹.

837. Concernant ensuite la valorisation de l'entraide familiale par rapport à une intrusion sociale, **la hiérarchie qui est instaurée entre la famille et la société repose bien sur la proximité spécifique des rapports familiaux.** La charité dont les membres de la famille doivent pouvoir bénéficier entre eux surpasse celle qui est dû à tout un chacun dans la vie sociale. C'est bien ce qui justifie l'application de l'immunité de celui qui ne dénoncerait pas un membre de sa famille pourtant criminel¹¹⁶². Dans cette forme « positive » de solidarité à l'égard de la responsabilité, il ne s'agirait plus d'être en quelque sorte lié « pour le tout ». Au contraire, en empêchant que puisse être engagée la responsabilité de celui qui agit ainsi, tout se passerait plutôt comme si sa faute devait être excusée par la solidarité qu'il devait d'abord à celui qui lui était proche.

Une autre interprétation de cette forme d'immunité pourtant est possible. Il n'est pas exclu que la faute du receleur par exemple, soit inféodée à celle qui a d'abord été commise par le membre de sa famille. De cette manière, il y aurait une solidarité des fautes, qui seraient absorbées dans la première commise. La solidarité familiale ici serait comme une forme de

¹¹⁶⁰Civ.1ère, 12 juillet 1994, Fouret, Bull. civ. I, n°250, D. 1995, jur., p. 623, obs. Marius TCHENDJOU ; Defrénois 1994, article 35950, p. 1511, obs. Xavier. SAVATIER ; J.C.P. 1995. I. 3876, n°4, obs. Raymond LE GUIDEC ; J.C.P. 1995. II. 22425, note Alain SERIAUX ; R.T.D. Civ. 1995, p. 373, obs. Jacques MESTRE et p. 407, obs. Jean PATARIN. L'arrêt fait référence à une assistance « ayant excédé les exigences de la piété filiale », en un attendu qui a ensuite été repris.

¹¹⁶¹ L'hypothèse qui semblerait alors la plus oubliée de cette réalité de l'affect serait la convention d'entraide. Dominique EVERAERT-DUMONT, op. cit. en invoque certains avantages techniques, mais paraît plutôt susceptible d'engendrer de nouvelles situations de responsabilité, à moins que ce type de contrat soit strictement limité au « surplus » d'entraide. Cela paraît toutefois extrêmement difficile car si la limite de l'excès est observable *a posteriori*, il faudrait dans un contrat la définir *a priori*, ce que l'affect justement paraît devoir empêcher.

¹¹⁶² Cf. *supra*. p. 103.

solidarité passive, conformément au sens qu'elle peut prendre en droit des obligations, faisant des fautifs par affection, des fautifs dont répondrait le fautif originaire¹¹⁶³. Car c'est bien lui qui devrait au fond assumer, sans que cela n'influe en aucune façon sur sa peine, mais à un plan moral, d'avoir ainsi contraint ses proches à le protéger. La règle à laquelle il aura été porté atteinte rend le coupable d'un devoir de répondre, et de répondre aussi des infractions qu'auront commis ses proches pour lui. Cette interprétation, faisant la part belle à la solidarité dans la famille, ne serait pas dénuée d'intérêt. Bien qu'elle ne paraisse pas avoir vocation à bouleverser la pratique des immunités, elle pourrait au moins en éclairer la théorie, car alors, les immunités qui touchent aux personnes ne seraient pas des absences de responsabilité, mais des absorptions¹¹⁶⁴ de la responsabilité des membres de la famille qui ont voulu protéger le leur par celle du premier fautif.

838. Ainsi entendue, la solidarité positive dans la famille, qui se révèle dans les immunités protectrices des personnes comme dans les obligations alimentaires liant notamment descendants et ascendants, manifeste bien la considération d'un affect concret. Il ne peut s'évaluer qu'*a posteriori*, compte tenu d'une situation familiale donnée, et justifie que soit appliquées des règles spécifiques.

La solidarité, qui peut être le creuset d'excès lorsque l'affect y est idéalisé, peut être régulatrice de certains rapports familiaux de responsabilité si l'élément affectif est défini d'une manière réaliste. Cette solidarité expliquera alors que soit parfois exclue la possibilité d'une responsabilité à l'intérieur de la famille, mais aussi qu'elle soit tenue à distance dans les rapports entre la famille et la société. Il ne s'agit en tout cas jamais d'abolir une responsabilité qui avait lieu d'exister, mais plutôt d'en limiter soit les conditions d'apparition, soit les modalités d'exercice.

¹¹⁶³ Le parallèle est ici évident avec la solidarité dont parler Gustave GOTZ, op. cit. le cas de l'immunité pourrait être le seul dans lequel cette façon de faire peser la faute familiale sur un seul de ses membres serait légitime, parce qu'elle ne peut contribuer à condamner plus lourdement l'auteur.

¹¹⁶⁴ Le terme est choisi à escient, car il ne s'agit pas de cumuler les responsabilités, et de les faire peser ensemble sur la tête d'un seul, en contradiction totale avec les principes du droit pénal. Il s'agit bien de dire que les responsabilités des membres de la famille qui protège l'un des leurs se trouvent assimilées et confondues dans celle du première responsable.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

839. La définition réaliste de l'élément affectif permet d'en faire un élément régulateur de la responsabilité familiale. S'il est isolable, et à ce titre capable de peser sur la responsabilité pour en troubler l'exercice, il peut aussi, lorsqu'il est concrètement observé, servir de boussole. Ce n'est qu'à la condition toutefois de l'observer concrètement dans une situation donnée qu'il peut jouer ce rôle.

En ce sens, l'affect est donc un lien, bien plus qu'un rapport, parce qu'il attache dans la famille des personnes entre elles. Si dans la société, il existe bien des rapports personnels, ceux là ne sont pas concrètement affectifs, bien qu'ils aient toujours la possibilité de le devenir. Mais dans la famille, c'est un lien personnel qui existe, qui est affectif et effectif¹¹⁶⁵.

840. L'affect a en ce cas ceci de paradoxal qu'il doit être regardé par le droit *a posteriori*, ce que permet en fait naturellement la responsabilité, mais que de cet *a posteriori* peut s'induire ensuite une valeur qui était préexistante. Cette valeur induite ne peut et ne doit l'être que dans un second temps, qui est alors le temps du constat de l'engagement affectif.

La définition réaliste de l'affect vise également à dépasser les confusions qui peuvent s'opérer, et qui sont en fait toujours des réductions de l'affection à des idéaux projetés sur la famille, dans le couple ou dans le lien de filiation, qui ne peuvent avoir de sens que dans une catégorisation incompatible avec la liberté affective. Ainsi en est-il des droits à une normalité familiale, qui sont en fait de faux droits dont le contenu est impossible à découvrir, précisément parce que la vie familiale affective ne peut se mouler dans une normalité abstraite. Lorsqu'une responsabilité est alors engagée dans la famille, et une anormalité du

¹¹⁶⁵ Cette distinction entre le rapport et le lien est posée par ROSMINI : « L'homme a des rapports avec les *choses* et avec les *personnes*. Les rapports appartiennent à l'ordre idéal. Mais en plus de ces *rappports*, l'homme noue aussi bien avec les choses qui l'entourent qu'avec les personnes des *liens* effectifs qui appartiennent à l'ordre des réalités. Les *rappports* nécessaires, immuables, constituent autant de *lois* qui doivent être respectées par l'homme. Les *liens* ne sont que des *faits* qui se trouvent soit conformes aux lois, soit non conformes aux lois ; ou bien ils sont arbitraires, c'est-à-dire ni positivement voulus, ni positivement interdits par les lois. Ces derniers faits, placés par l'homme, on dirait presque *praeter legem*, et constituant autant de liens effectifs, donnent naissance dans l'ordre des idées à de nouveaux rapports entre lui, les choses et les personnes avec lesquelles il s'est lié, et par cela même à de nouvelles lois. », Antonio ROSMINI, *Philosophie de la politique*, Jacqueline Plaisance-Léglise (trad.), Bibliothèque de philosophie comparée, Bière, Bordeaux, 2000, [1837-1840], p. 111.

comportement sanctionnée à ce titre, il n'est pas possible d'en déduire l'idée d'une normalité corrélative.

Mais s'il n'y a point dans la famille de normalité qui puisse être portée en droit, il existe bien pourtant une capacité normative de l'affect, qui se découvre en droit toujours après.

841. L'affect n'est ainsi apte à servir de repère technique en droit de la responsabilité familiale que s'il est observé de façon réaliste et actuelle. Mais cette portée technique d'une définition de l'affect n'est pas suffisante à en garantir l'autonomie. Car certaines des réductions auxquelles on le soumet ne sont pas relatives à l'absence d'égard pour le donné dans lequel il s'exprime, mais sont liées plutôt à la place qu'y tient la personne. Au-delà de l'aspect réel de l'affect, et comme ultime cause de sa définition, se trouve son aspect personnel, où il n'est plus alors réductible à rien d'autre.

Chapitre 2. POUR UNE DEFINITION PERSONNALISTE DE L'ÉLEMENT AFFECTIF

842. La découverte de l'élément affectif comme élément isolable dans la responsabilité qui se met en place entre les membres d'une même famille **ne peut aller sans la détermination de ce que cet élément doit à la personne.** En effet, même après avoir indiqué, sur un plan technique, qu'il pouvait être une chose du droit de la responsabilité et être ainsi regardé comme un objet de sa science, il reste encore à fixer ce à quoi cet élément est inféodé. En ce sens là, l'affect ne peut pas être seulement un objet, mais il doit être encore la manifestation de l'affect d'une personne qui le contient et l'exprime. En outre, la personne n'est pas seulement en quelque sorte le point de départ de l'affect, elle est aussi ce qu'il vise, puisque l'affection est toujours dirigée vers quelqu'un, et qu'elle ne peut avoir de sens qu'à cette condition. La famille est alors bien le lieu privilégié de l'existence d'une telle relation affective entre les personnes. La responsabilité qui doit être engagée dans la famille se trouve ainsi par la considération de l'affect, tenue de considérer aussi la personne.

843. L'affect serait en ce sens un élément « immanent », au sens que Blondel donne à ce terme¹¹⁶⁶. A ce titre, il signifie dans la responsabilité un engagement qui vient de la personne et qui retourne à elle. La famille a alors ceci de particulier qu'elle peut être la société privilégiée de l'expansion d'un tel mouvement, en étant un groupe centré sur la valeur d'un « nous », c'est-à-dire d'une union de personne. Or, cette façon particulière qu'ont ainsi les personnes de se lier dans la famille est précisément observée par plusieurs auteurs comme une forme aboutie de la justice morale¹¹⁶⁷. La responsabilité qu'engage le droit dans la famille

¹¹⁶⁶ « L'immanence est le caractère de l'activité qui trouve dans le sujet où elle réside non pas sans doute tout le principe ou tout l'aliment, ou tout le terme de son déploiement, mais du moins un point de départ effectif et un aboutissement réel (...) », Maurice BLONDEL, note dans le vocabulaire Lalande, p. 468.

¹¹⁶⁷ Ainsi notamment Gabriel MADINIER, *Conscience et Amour, Essai sur le « Nous »*, Paris, Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F, deuxième édition, 1947, 141 p. « L'acte dans lequel le moi s'accomplit est l'acte moral. (...) Cet acte doit satisfaire à deux conditions : en lui, je dois m'affirmer comme sujet singulier, autonome parmi les autres sujets, et cependant affirmer l'unité de tous », p. 53. « La justice est l'acte par lequel j'affirme la valeur de l'individualité, tant la mienne que celle d'autrui, c'est-à-dire la valeur de ce caractère que nous avons d'être exclusifs et extérieurs les uns aux autres. La justice est la reconnaissance et l'affirmation de mon prochain en tant qu'autre ; pour employer un langage très moderne, nous dirons que la justice voit dans l'homme un *lui* », p. 62. « L'acte où le moi s'accomplit est celui qui le constitue à la fois libre et vrai, c'est-à-dire sujet dans un univers de sujets. Cet acte, où je me fais véritablement partie totale, est l'acte

est ainsi la plus à même de communiquer entre deux univers : celui de la morale et celui du droit.

Mais en rattachant l'affection à la personne d'où elle part et vers laquelle elle se dirige, on l'ancre également dans une situation¹¹⁶⁸, en ce sens que la personne qui est mue par l'affect ne peut l'être que parce qu'il y a eu un contact entre elle et son monde, composé des autres, et en priorité de ceux qui lui sont proches. La situation paraît pouvoir être distinguée du système, parce que la première est dépendante d'un moment concret de vie, tandis que le second est une organisation cohérente qui doit pouvoir fonctionner abstraitement. Or, ce sera sans doute le point sur lequel la distinction de l'affect et de la responsabilité sera irréductible, la responsabilité suppose un tel système. L'enjeu final de l'étude de la relation de l'affect et de la responsabilité qui s'exerce dans la famille est donc peut-être celui-ci, de comprendre la manière dont s'articulent la situation affective et le système de la responsabilité. La distinction de ces deux plans fonde aussi leur communication.

844. C'est ainsi que la définition personnaliste de l'élément affectif ouvre au moins deux pistes qui sont explicatives de la fin que doit respecter la responsabilité qui s'organise entre les membres d'une même famille, celle de cette valeur d'un « nous » familial (Section I) ainsi que celle de la valeur d'une situation personnelle avec laquelle doit communiquer un système de responsabilité (Section II).

d'amour et de dévouement que crée le nous, par lequel la conscience se pose comme intimité de personnes et relation de moi pour toi et de toi pour moi. En lui, tout devient intelligible, l'être se constitue. », p. 115.

¹¹⁶⁸ Max SCHELER, *La situation de l'homme dans le monde*, Paris, Aubier, éditions Montaigne, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], 1951, 126 p.

Section I. Définition personnaliste de l'affect et responsabilité dans le « nous » familial

845. La responsabilité familiale a un sens d'engagement, pour l'avenir¹¹⁶⁹. Mais cet engagement peut être éclairé dans sa portée par la référence à un affect « personnaliste ». Sous cet angle en effet, la famille peut être considérée comme un « nous », c'est-à-dire une communauté de personnes, qui existent bien d'abord chacune de façon autonome et libre, mais qui ensuite se lient les unes aux autres en construisant ainsi ensemble une valeur dont ils seront responsables. Si un tel engagement se conçoit peut-être plus facilement dans le couple, la même analyse serait possible pour les liens de filiations, et permettre ainsi de voir ce que serait un « être familial »¹¹⁷⁰.

Plusieurs enjeux se dégagent d'une telle vision de la famille, qui sont des écueils à éviter : il importe d'abord au moins de ne pas faire de cet éventuel « être familial », s'il est découvert et admis, un alibi pour faire disparaître les personnes qui le composent. C'est ainsi que l'idée d'un « nous » ne fait disparaître au fond aucun des « je » ou des « tu », mais au contraire n'existe que parce qu'ils existent¹¹⁷¹. Un autre écueil serait de n'entendre ce « nous » que comme un terme extérieur, aux membres de la famille d'abord, et de là, à la responsabilité qui s'exerce en son sein. Car ce « nous » pour lequel les membres de la famille semblent s'engager est au contraire une explication possible de la responsabilité et des modalités parfois spécifiques qu'elle revêt dans la famille. Il y aurait ainsi une exigence de fidélité, qui doit néanmoins être conçue un peu différemment de ce à quoi elle a conduit dans le droit de la responsabilité visant les couples. Soit qu'elle ait été réduite à un « contrat d'exclusivité »¹¹⁷², soit qu'elle ait été regardée en tout cas comme un engagement, c'est en

¹¹⁶⁹ Cf. *supra*. p. 162.

¹¹⁷⁰ Selon le titre d'un ouvrage pluridisciplinaire cherchant à déterminer ce qu'est la famille : Gabriel MARCEL *et alii*, *Recherche de la famille, Essai sur l'« Être familial »*, Paris, Éditions familiales de France, 1949, 273 p.

¹¹⁷¹ La question peut être simplement de savoir si le « nous » et les « je » et « tu » adviennent en même temps, selon ce que démontre Gabriel MADINIER (*op.cit.*), ou bien si les « je » et « tu » sont préexistants au « nous », comme cela semble être posé plutôt dans les recherches de Martin BUBER, ou même de SCHELER. Chez BUBER, le « je » se constitue bien forcément en face d'un « tu », mais le « nous » paraît être seulement concevable dans un second temps.

¹¹⁷² Dans le PACS notamment, voir TGI Lille, 5 juin 2002, *in D. Fam.* n°5, mai 2003, com. n°57. Bernard BEIGNIER ; Jean HAUSER, « La PACS est-il un contrat d'exclusivité ? », *in RTD civ.* n°2, mai Avril/Juin 2003, chron. n°8

tout cas souvent sa dimension personnelle qui paraît oubliée, alors que c'est la seule qui puisse au fond justifier même sa référence.

846. La responsabilité est ainsi l'engagement constitutif de cet « être familial » particulier, dans le couple d'abord, mais par analogie aussi dans les liens de filiation (Sous-section I). Dans cet attachement au « nous » familial, il est impossible de ne pas viser la fidélité, qui est finalement la nature même de l'engagement personnel (Sous-section II).

Sous-section I. LA RESPONSABILITE COMME ENGAGEMENT CONSTITUTIF POUR UN « NOUS »

847. La responsabilité qui est mise en œuvre dans la famille l'est relativement à un engagement qui a d'abord été pris. Dès lors que la responsabilité ne s'applique pas exactement comme elle le fait lorsque les personnes visées sont des étrangères l'une pour l'autre, ou bien au contraire des partenaires à un contrat, il faut bien que ces différences, qui tiennent principalement à la définition de ses éléments¹¹⁷³, s'expliquent. L'affect joue ce rôle explicatif, parce qu'il est la raison pour laquelle les personnes se lient et se délient parfois. Tout simplement, et presque de façon évidente, la famille repose sur un vécu humain affectif qui explique la responsabilité.

S'il est possible d'admettre qu'il existe un « être familial » qui se distingue de tout autre corps social ou association, alors sa substance repose dans un engagement, qui a la particularité de tendre vers un troisième terme, un « nous » auquel les personnes s'attachent, qui se construit par la *présence* de chacun¹¹⁷⁴. Cet être familial ne doit pas être regardé comme un dépassement de ses acteurs, au sens où ces derniers se fonderaient totalement à lui. Ce sont

¹¹⁷³ La faute, le préjudice et le lien de causalité sont retenues différemment lorsque l'affect familial est en jeu. Cf. *supra*. notamment p. 204 et s.

¹¹⁷⁴ « Notre propos a pour but de dégager l'être même de la famille, ce que nous appellerions volontiers son *intention* profonde (...) Le *nous* familial a ceci de caractéristique que l'individuel et le social y croissent proportionnellement : dans la communauté familiale je m'intériorise d'autant plus que je me socialise davantage (...). Disons donc en toute netteté que la famille est l'incarnation de la catégorie du *social privé* et l'organe de *l'intimité sociale* », Jean LACROIX, « Le point de vue du phénoménologue : Phénoménologie de l'Aveu », in Gabriel MARCEL et alii, *Recherche de la famille, Essai sur l'« Être familial »*, Paris, Éditions familiales de France, 1949, p. 201 et 203.

bien eux qui sont les fins ultimes, mais dans la forme de don que chacun laisse, se construit ce « nous », qui est une valeur accessoire des fins personnelles. C'est en cela qu'il faut parler d'une immanence de l'affect.

848. La responsabilité qui est posée en droit de répondre aux membres de sa famille est donc bien prise par chacune des personnes qui la composent, mais en visant aussi nécessairement une sorte d'unité familiale. Si la solidarité pouvait, à un plan technique et en considération d'un affect « réel »¹¹⁷⁵, être une image de cette unité, sur un autre plan personnel, c'est plutôt la sympathie qui exprimerait la valeur de cette unité. La sympathie en effet, telle qu'elle a été posée par Smith¹¹⁷⁶, mais dans le sens ici surtout que lui a conféré Scheler¹¹⁷⁷, paraît de nature à exprimer parfaitement cette idée qu'il existe d'abord des personnes distinctes et autonomes, qui sont chacune un tout, et qu'elles sympathisent ensemble à leur communauté, qui devient un moyen d'accomplir leur fin. Bien loin alors de la solidarité qui semblait risquer à tout instant de fondre les membres de la famille dans la famille, et de les subordonner alors à elle, la sympathie fait de l'être familial un moyen, un vecteur affectif qui se subordonne au contraire à chacun. C'est ainsi qu'il existe peut-être une forme de dialectique dans la constitution de ce « nous » de la famille, et qui fonde la responsabilité qui s'y applique.

849. Il existe ainsi un élément affectif sympathique spontané, *immédiat* entre les personnes qui dès lors tendent inmanquablement vers une valeur accordée au « nous », et qui explique un processus immanent de tendance à un devoir-être, qui paraît saisissable par le droit de la responsabilité, puisqu'il est déjà teinté de « socialité » (Paragraphe 1).

La responsabilité ainsi intervient en aval, puisqu'elle ne peut que s'exercer après qu'un tel engagement ait été pris ou au contraire refusé. Elle doit donc tenir compte de ce devoir-être. C'est ainsi que le droit reconnaît cette affection sympathique de façon indirecte, mais sans toujours savoir qu'il en tient compte effectivement (Paragraphe 2).

¹¹⁷⁵ Cf. *supra*. Chapitre précédent.

¹¹⁷⁶ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Lonrai, PUF, Quadriges, février 2007, [1759], 454 p.

¹¹⁷⁷ Max SCHELER, *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Lefebvre (trad.), Paris, Petite bibliothèque Payot, 2003, [1913], 496 p.

Paragraphe 1. La dialectique d'un « nous » familial

850. A partir des personnes qui composent la famille et pour revenir à elles, se forme par sympathie une unité. Cette unité néanmoins n'absorbe pas la somme de ses membres, et laisse toujours subsister une forme de progression pratiquement « dialectique » de l'engagement. A cause de ce caractère du coup mouvant, du « nous » qui se compose dans la famille, il serait possible de craindre une nouvelle perturbation de la responsabilité qui devrait s'attacher à lui. Pourtant, l'ignorer revient à figer des situations humaines qui ne le sont pas en fait, et à se déconnecter alors des fins que les personnes devaient pouvoir poursuivre en formant ensemble une famille. Cette difficulté peut néanmoins se trouver nuancée en décomposant les « phases » de la constitution de ce « nous ».

D'une part, la responsabilité paraît être justement le mécanisme juridique le plus apte à gérer ce mouvement. En effet, en se déterminant sur des événements passés, mais dans la famille en tenant aussi compte de certains possibles futurs¹¹⁷⁸. Elle ne considère justement pas la famille comme un bloc lorsqu'elle se manifeste sous la forme d'une réponse à donner.

D'autre part, l'évolution que peut subir le « nous » et ses mouvements ne l'empêchent pas d'être au fond la valeur et la cause pour laquelle la famille existe.

851. En inscrivant le « nous » familial dans le temps de la responsabilité, il apparaît ainsi qu'il existe avant elle comme but de l'engagement, et qu'il peut encore exister après elle, comme finalité personnelle à respecter. L'engagement familial se fait donc pour un nous (I) et il se pourrait que cet engagement soit finalement un critère de la famille pour la responsabilité qui s'y exerce (II).

¹¹⁷⁸ S'il est admis que dans une certaine mesure la déclaration judiciaire d'abandon peut être un mécanisme de responsabilité dans la famille, c'en est alors un exemple frappant puisque les juges n'appliquent l'article 350 du Code civil que si les manquements des parents ont été marqués d'une gravité spécifique, et si le lien est détérioré pour l'avenir.

I. L'ÉLÉMENT AFFECTIF JUSTIFIANT L'ENGAGEMENT POUR LE

« NOUS »

852. L'affect défini en référence à la personne est la cause pour laquelle l'engagement est pris dans la famille. En ce sens, il apparaît bien que la responsabilité peut intervenir pour l'avenir (A). Sa valeur est conditionnée néanmoins par les personnes qui s'engagent (B).

A. Engagement et responsabilité pour l'avenir

853. L'idée d'un engagement renvoie expressément à l'idée de responsabilité, certes centrale en droit¹¹⁷⁹, **mais pourvue d'aspects spécifiques dans le cadre des relations affectives du couple et de la filiation.** Le lien qui unit par exemple essentiellement les époux est un lien de responsabilité, qui s'exprime autant envers l'autre qu'envers soi-même, et dont la vigueur s'attache à la considération de sentiments intimes entre les personnes et s'incarne dans un réel que l'on sait ne pas pouvoir être soumis à une normativité seulement extérieure à lui. En vérité le double sens normatif et factuel¹¹⁸⁰ de l'engagement est particulièrement sensible lorsqu'il prend la forme maritale. L'institution et le contrat ne sont alors que des formes dans le mariage, dont la matière est l'engagement personnel. Certainement donc, la responsabilité que l'on endosse en se mariant s'explique par une valeur allouée à ce projet que l'on veut servir et auquel on croit. De même envers les enfants, dans la mesure où en assumant le rôle parental, les parents acceptent *ipso facto* une communauté de vie. Il y a donc

¹¹⁷⁹ Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité, Etudes sur la pensée juridique*, P.U.F., Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, 1947, 544 p. Comme l'indique déjà le sous-titre de cet ouvrage, il s'est bien agi pour l'auteur d'analyser la pensée juridique par l'étude des évolutions subies par les mécanismes de la responsabilité, essentiellement civile d'ailleurs. Ainsi, s'il semble ressortir de l'évidence que la responsabilité est le principe au cœur de tout droit, l'étude de Husson a particulièrement mis en valeur les moyens par lesquels elle joue ce rôle fondamental.

¹¹⁸⁰ André LALANDE, « Engagement », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13^{ème} éd, Presses Universitaires de France, Paris, 1980. Bien que la définition ici proposée soit davantage pensée pour un engagement de la pensée philosophique, il semble que lorsque l'auteur remarque que « Le premier aspect de l'engagement est donc surtout prospectif, normatif ; le second, rétrospectif et factuel », il soit possible de le suivre ici dans la détermination de l'engagement d'une parole, d'un sentiment qui implique de la même manière la fidélité à un principe auparavant adopté aussi bien que la détermination de nos actes par une situation humaine et matérielle donnée. On s'engage *pour* quelque chose, mais aussi *dans* quelque chose.

là aussi un engagement, dont la responsabilité en droit n'aura qu'à tirer les conséquences en cas de défaillance.

854. De là il suit que le phénomène de l'engagement prospectif pris au moment où l'on décide de former une famille, c'est-à-dire une unité, dans laquelle chaque personne continue d'exister, mais au quel chaque personne croit, puise son inspiration dans un élan des personnes vers l'autre qui se dépasse dans un mouvement vers cette unité. Cette tendance correspond à un élément affectif sympathique, au sens où elle s'imprime dans la personne autant qu'elle s'en exprime, faisant de lui un être en relation.

Il est possible de comprendre cet affect dans un mouvement qui serait d'abord immédiat, puis média. En clair, il y aurait dans un premier temps une relation d'un « je » et d'un « tu » qui est immédiate¹¹⁸¹ en ce sens qu'elle suppose directement le rapport de l'un envers l'autre, et qu'elle ne nécessite aucun formalisme spécifique pour exister. Le droit est ici pratiquement hors de propos. Dans un second temps, que saisit le droit cette fois, il y aurait une relation de chacun de ces « je » et « tu » avec un « nous », qui est une valeur médiate, et qui n'existe que par l'engagement qui est pris. C'est pour cela que ce « nous » est fondateur pour la responsabilité. C'est lui qu'elle peut saisir.

855. La précision de ce mouvement doit en outre se faire par l'idée d'une sympathie. En suivant en cela les recherches menées par Max Scheler, il faut postuler que la sympathie ne peut véritablement s'exercer qu'en ayant conscience de ce que l'on est, et de la réalité de l'altérité de la personne avec laquelle un couple ou une famille est construite. Parce que la relation ne peut être ramenée entièrement à l'intérieur de soi¹¹⁸², comme si le monde affectif pouvait se composer uniquement par des projections de soi, le rapport des personnes dans la famille est une situation ouverte à l'objectivité puisque en plus de s'incarner en actions, il a besoin d'une conscience de soi, de l'autre et du « nous ». Sympathiquement, deux personnes se meuvent l'une vers l'autre d'une manière immédiate. À y regarder de près, cette sympathie entraîne une représentation d'un « nous » vers laquelle on penche tout en allant

¹¹⁸¹ « Le Tu vient à ma rencontre. Mais c'est moi qui entre en relation immédiate avec lui. Ainsi il y a dans cette rencontre celui qui élit et celui qui est élu, c'est une rencontre à la fois active et passive. (...) Je m'accomplis au contact du Tu, je deviens Je en disant Tu. Toute vie véritable est rencontre », Martin BUBER, *Je et Tu, [Ich und Du]*, Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, Roubaix, 1969, [1923], p. 44.

¹¹⁸² « L'amour n'est pas un sentiment attaché au Je et dont le Tu serait le contenu ou l'objet ; il existe entre le Je et le Tu », Martin BUBER, *idem*, p. 47.

vers l'autre. Une médiation intervient alors, qui actualise un « être familial » qui s'ajoute à la place que prends déjà chaque personne dans une union, ou dans un lien de filiation. Cet « être familial » prend une valeur propre pour laquelle on s'engage autant que pour soi et que pour l'autre. Une situation qui peut être objectivement regardée se crée alors, puisqu'au-delà des individus, une entité du couple émerge qui préserve les personnes.

La responsabilité dès lors, si elle peut être d'abord désarçonnée par l'autonomie que prend l'affect, peut aussi se fonder sur lui, lorsque les décisions qu'elle prend se passent dans la sphère de la famille.

B. Valeur de l'engagement

856. Il existe donc une véritable dialectique entre la personne et le couple ou le lien de filiation pour lequel elle s'engage, simplement en étant présente. Ce sont des mouvements de va-et-vient qui s'observent entre chaque personne et la famille. La responsabilité doit donc tenir compte de la valeur de cet engagement qui vise le « nous » comme un moyen. En tenant compte d'une définition de l'affect attachée à la personne, le droit de la responsabilité qui a à intervenir dans des relations familiales doit joindre ces deux pôles de l'engagement familial, qui est à la fois bien un engagement vers un « nous » qu'il faut défendre, mais qui est aussi au fond un point central de la défense de la personne. Il lui appartient donc, en sanctionnant les attitudes responsables dans la famille, de valoriser certes la famille, mais encore de bien s'assurer que cette famille soit respectueuse de sa fin qui se trouve dans chacun de ses membres.

857. Ainsi, l'engagement spontané d'une personne envers une autre, avec laquelle elle noue des liens affectifs, appartient à l'ordre de l'être, mais sans être pour autant dépourvu de visée axiologique. Au contraire même, la valeur face à laquelle ils se portent responsables fixe l'essence même de l'union, et ce à la limite d'abord indépendamment par exemple des formes de couples choisies¹¹⁸³, ou des modes

¹¹⁸³ La distinction des formes de couples que le droit reconnaît désormais qui serait basée sur le critère de l'existence d'un statut préalable ou au contraire sur l'appréciation in concreto du degré de la responsabilité, reviendrait à conclure que le PACS s'apparente au mariage en tant qu'il est défini par la loi, dans ses droits et dans ses devoirs, et à constituer une seconde catégorie par le concubinage, au sein duquel aucune modulation ne pourrait s'expliquer et avec lequel seraient assimilés théoriquement les couples qui ne vivent pas quotidiennement ensemble dès lors que ces derniers sont bien des couples pour lesquels le droit n'intervient éventuellement qu'au cas par cas. Cette classification est précisément celle qui domine dans les présentations

d'établissement de la filiation examinés. C'est-à-dire que la famille est en fait constituée dès cet engagement humain, et que le droit de la responsabilité qui intervient toujours ensuite, au moment où des déséquilibres auront été introduits, n'a pas nécessairement en ces situations à se fixer sur les formalités qui ont été données à l'engagement, pour l'entourer et le sécuriser, mais non pour le constituer. Si le droit de la famille est bien de son côté préoccupé par ces questions de formes du couple, ou de la filiation, le droit de la responsabilité a simplement besoin de regarder l'engagement. Le « nous », qui est la valeur qu'il peut saisir, aura pu être institutionnalisé ou non, et c'est d'ailleurs au fond ce qui justifie peut-être que des décisions en jurisprudence très précoces aient pu admettre des indemnisations « familiales » même par exemple entre concubins¹¹⁸⁴.

Ce point paraît d'une importance capitale. En effet, dans ces conditions, le couple ou le lien de filiation ne dépend plus, même dans son origine, d'une ambition que partageraient deux personnes, et partant, de leur volonté, mais il serait une nécessité de leurs sentiments, et de leur manifestation en une vie commune ou en un partage de cette croyance en la valeur du « nous ».

858. Mais alors, **une question de logique survient** qui est relative surtout au droit de la responsabilité dans la couple, mais qui pourrait s'appliquer dans une autre mesure aussi dans les liens de filiation. Puisque d'une part il a été considéré que le mariage pouvait se présenter comme un modèle¹¹⁸⁵ apte à rendre compte de ce qui fonde l'essence d'un couple, et d'autre part il a été découvert que l'engagement qui caractérise l'union se présentait comme déjà impliqué dans l'affection que les personnes nourrissent, alors il pourrait exister une contradiction entre ces deux constats si l'engagement était compris seulement comme un choix volontaire et manifesté en droit.

De chacun d'eux en effet pourrait découler l'idée que précisément le sentiment n'est pas le même lorsque le statut du couple est différent, puisque l'engagement serait différent. Cela revient à remettre en cause la capacité de l'engagement à être au cœur de la substance du couple et il serait aisé de dire qu'en effet, la responsabilité qui engage les époux est plus forte

actuelles. C'est pourquoi il paraît plus utile de faire du couple une notion qualitativement définie par l'engagement, et qui distinguerait ensuite entre ses différentes formes par des différences de degré dans cet engagement.

¹¹⁸⁴ Louis JOSSERAND, « L'avènement du concubinat », *DH*, 1932, chronique 45. Cité par François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7ème édition, Paris, 2009, §599 et s. sur l'affection dans le concubinage, cf. surtout §606.

¹¹⁸⁵ Soit un modèle au sens où il serait une référence par rapport à laquelle sont situées les autres formes de couple, soit un modèle au sens où les différentes formes mêmes du mariage ont un socle commun.

que celle qui s'attache aux deux autres types de couple que le droit observe¹¹⁸⁶. A contrario, comment pourrait-on imaginer dans ce cas que les partenaires et peut-être plus encore les concubins puissent partager leur vie et former un couple sans cette aspiration, qu'ont probablement tous les amoureux à s'aimer « pour toujours » ?¹¹⁸⁷

Il faut admettre que cette difficulté est surmontée si c'est l'engagement qui fonde le critère du couple, au sens où cet engagement est personnel. Même vis-à-vis d'enfants, il serait possible de dépasser les différentes formes de filiation ou même de parentalité, dans le domaine du droit de la responsabilité, qui n'a en cela certainement pas les mêmes besoins que le droit de la famille, en admettant qu'il suffisait d'un engagement concret, d'un « nous » existant dans la vie en commun et dans la place que chaque personne prend dans la famille.

II. L'ENGAGEMENT COMME NOUVEAU CRITERE DU COUPLE OU DE LA FAMILLE

859. Il est classique de souligner désormais la pluralité des modèles familiaux, quoique cette diversité ne soit pas de nature à duper les auteurs de la doctrine¹¹⁸⁸. Mais la question se pose de savoir dans quelle mesure cette diversité pourrait influencer sur les liens de responsabilité qui naissent dans la famille. Ou plutôt, elle ne s'est pas toujours posée, parce

¹¹⁸⁶ La similitude que l'on note entre le mariage et le PACS, dans la mesure où le caractère essentiel des obligations est posée de manière objective et générale par le législateur, n'est que formelle. En effet, si l'on observe, non plus seulement un caractère, mais la *nature* de l'obligation, précisément *essentielle*, il est clair qu'elle ne saurait recouvrir la même réalité dans le mariage et dans le PACS, quand bien même le langage employé serait à certains égards le même, comme c'est par exemple le cas pour l'assistance ou de la vie commune qui sont des devoirs du conjoint et des obligations du partenaire. L'idée selon laquelle la vie commune devait être une véritable « communauté affective » dans le mariage, alors qu'elle était réduite dans le contrat de PACS à un simple partage des difficultés, notamment financières, qui pouvaient advenir à un couple. Bien que l'on eût pu nuancer ce propos, sans doute un peu caricatural au regard du véritable engagement auquel se soumettent, ou pensent se soumettre, ceux qui concluent un pacte civil de solidarité, mais non au vue de ce qu'avait organisé un législateur peu conscient des enjeux d'une nouvelle forme d'union. Ceci est contredit par la signification qu'a pris dans les faits ce contrat ; Ceux qui y font appel ne pouvant jamais être, comme la loi les y avaient pourtant invités pourtant, de purs calculateurs froids, des « collaborateurs » à la rigueur qui participent à leur couple autant qu'un salarié à son entreprise dans un langage empreint de règles de management. Ainsi, l'erreur dénoncée par les démonstrations kantienne (dans sa *Critique de la raison pure*) est précisément celle qui est commise ici puisque la réalité est forcée en droit pour se mouler dans un idéal préconçu. Or, le besoin dont les couples se sont targués est resté celui d'une reconnaissance de leur amour.

¹¹⁸⁷ Voir la thèse de Farouck MECHRI, *La signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux*, Paris II, 1973, 470 p.

¹¹⁸⁸ Jean-Jacques LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in PUIGELIER C. (dir.), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles Bruylant, 2012, pp.729 à 750

que, compte tenu par exemple des obligations spécifiques qui existent dans le mariage, ou bien qui n'existent pas dans les liens de parentalité lorsque celle-ci n'est pas conforme à la biologie, il a été peut-être vite conclu que la responsabilité ne pouvait être la même. Sans doute, ses modalités, et par exemple les critères selon lesquels elle est engagée ne peuvent être déterminés sans tenir compte des formes qu'aura pris l'engagement. Mais au fond, si l'on s'interroge sur le sens de la responsabilité familiale, il n'est peut-être pas utile de donner une telle importance au statut de l'engagement, qui, au plan, personnel, pourrait avoir un sens concret « universalisable ». Ainsi, la pluralité des formes familiales ne pourrait pas nuire, pour la responsabilité, à une certaine univocité de l'engagement (A), ni ne pourrait empêcher que soit reconnue une singularité du lien lorsqu'il est de nature familiale, que l'affect y soit d'ailleurs perturbé ou non (B).

A. Pluralité des familles et univocité de l'engagement

860. La famille ne peut être décrite par une seule forme juridique ou sociologique¹¹⁸⁹, puisque sont considérés comme étant des rapports familiaux non seulement les rapports de la famille « nucléaire », mais encore ceux qui existent d'abord dans un cercle plus large, avec les grands parents par exemple ou les beaux-parents, ou ensuite dans un de façon plus restreinte car divisible, tel rapport entre un parent et un enfant ou tel rapport de couple. Le pluralisme est en la matière invoqué pour décrire l'ensemble de ces liens, en parlant des familles plutôt que de la famille. Mais admettre une telle pluralité, au moins des statuts familiaux en droit, n'interdit pas que soit recherché malgré tout un critère de la famille, qui justifierait l'appartenance de toutes ses formes à un même ensemble, s'il existe.

861. Dans le couple notamment, ce **constat tend apparemment à rendre obscurs les choix qui s'opèrent assurément entre les diverses formes d'union**. S'il existe au départ un engagement nécessaire dès l'instant que l'on a la prétention de former un couple, force est bien de remarquer qu'il ne se matérialise ensuite pas toujours dans sa forme la plus complète en droit, à savoir le mariage. Néanmoins, il se pourrait que l'identité de l'engagement initial

¹¹⁸⁹ François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Armand Colin, 3^{ème} édition refondue, 2007, [1993], 128 p.

des protagonistes du couple, entre eux et pour eux, survive aux différents degrés d'institutionnalisation de leur union.

En effet, peut-être faudrait-il admettre que l'option prise de se marier ou non soit plus déterminée par une considération des risques encourus, pour lesquels la nature humaine aura tôt fait de les sentir moindres si les formalités à accomplir sont plus légères. D'une certaine façon, les risques sont effectivement plus grands dans l'union matrimoniale parce que l'engagement qui l'initie est pris en compte par le droit qui devient à cet instant un protecteur. Cela ne signifie pas qu'aucune garantie juridique n'existe dans les concubinages, mais simplement que le droit se refuse à offrir sa protection à ces couples de manière abstraite et générale. Lorsque les juges auront à déterminer s'il peut y avoir une responsabilité entre les membres d'une telle communauté, ils établiront en fait la véracité de leur engagement, en faisant pratiquement comme s'il y avait eu un engagement dans les faits. Ainsi, si la diversité des formes de l'union peut être un sujet de difficultés en droit de la famille, pour l'étude précise du droit de la responsabilité, il suffit, mais ce n'est pas rien, de considérer qu'il y a un engagement des personnes, engagement qui passe par le média d'une référence à la valeur d'un « nous ». Cet engagement est affectif, et à ce titre personnel. Il ne peut donc pas être dépendant de la forme d'institutionnalisation choisie.

862. Ainsi s'amenuisent les frontières existantes des différentes formes que peuvent prendre les sociétés conjugales, mais les voies de communication introduites ne portent pas sur des évolutions vers le contrat ou vers une institution, mais bien sur une ressemblance profonde des engagements initiaux. Puisque en outre, le fait « pur » n'existe pas plus que la norme parfaitement abstraite¹¹⁹⁰, il faudrait en tirer toutes les conséquences qui interdisent de croire que certains couples n'auraient qu'une existence strictement factuelle, dépourvue d'attachement à une valeur du « nous » qui les dépasse. On doit constater qu'en vérité, si le couple existe dans les faits que peut constater le droit, alors ce dernier accepte d'examiner la présence d'un engagement source de responsabilité. Qu'il la reconnaisse finalement ou non, il ne refuse *a priori* aucun couple, même ceux qui ne partagent pas matériellement leur quotidien dans un même logement, bien que cela ne puisse advenir que dans des circonstances exceptionnelles¹¹⁹¹. Ainsi, le couple qui serait, en son principe,

¹¹⁹⁰ Simone GOYARD-FABRE, thèse précitée.

¹¹⁹¹ Paris, 23 septembre 1999, RTD civ. 2000, 546, Observation Jean HAUSER. Ici la cour a reconnu une communauté de vie sans cohabitation véritable.

absolument « a-juridique » n'existe-t-il pas. Ses modalités ne font qu'influencer les manières et les proportions dans lesquelles la responsabilité sera engagée, sans que celle-ci soit modifiée dans sa nature entre chaque type de couple.

B. Singularité de l'engagement

863. Quoiqu'il en soit, **l'engagement dont il s'agit inscrit nécessairement l'homme qui le porte dans une situation affective, mais aussi par de multiples aspects, matérielle**, initiant un certain nombre de déterminations dont il devient solidaire, et que le droit prend bien en compte. S'il n'y a rien de surprenant à ce que le droit envisage un fait, il est exceptionnel qu'il le fasse relativement à un domaine où ce fait touche directement à la personne. Ce qui fonde la singularité de l'engagement dans la famille c'est bien pourtant cet aspect personnel, qui a pour conséquence d'obliger le droit à ne pas oublier cet enjeu.

Au sujet des couples, ils ne relèvent pas seulement des secrets d'alcôves en tant qu'ils sont constitués par un engagement pour une valeur qui sert de moyen, et qui est le « nous », ordonné au respect d'une fin qui est personnelle¹¹⁹². La responsabilité que le droit reconnaît repose sur cet engagement, puisqu'elle existerait sans lui d'une façon commune, comme si elle régissait les rapports de deux étrangers, ce qu'il apparaît qu'elle ne fait pas¹¹⁹³.

Le « nous » est donc bien dans l'ordre de la « re-connaissance », qui s'opère comme telle, et non comme si elle était une connaissance première. En d'autres termes, le droit voit le dialogue qui s'instaure entre les personnes et le « nous » qu'elles ont inventé ensemble. Il en prend acte et respecte le devoir-être auquel elles se sont soumises en s'aimant, même sans le savoir¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² « Les rapports les plus simples et universels que l'homme a avec les choses et avec les personnes se réduisent à des rapports de moyen et de fin. envers l'homme, les choses ont le rapport de moyen et les personnes ont le rapport de fin. » Antonio ROSMINI, *Philosophie de la politique*, Plaisance-Légglise (trad.), Bibliothèque de philosophie comparée, Bière, Paris, 2000, [1837-1840], p 111 et s.

¹¹⁹³ Cf. *supra*. p. 163 et s.

¹¹⁹⁴ Cette idée et ce lien particulier entre le « nous » et l'obligation que regarde la responsabilité ont été exposés par Gabriel MADINIER : « Le devoir tient dans cette formule : agis comme élément libre d'un tout », op. cit. p. 40. Et plus loin : « La grande loi morale, celle en laquelle tous les devoirs se résument, c'est la charité qui consiste à se vouloir comme membre libre du tout », p. 46. Encore plus nettement : « En résumé, nous nous sentons obligés, et nous nous affirmons comme libres. L'obligation exige que je réalise ma nature essentielle. Or j'existe dans un monde où je suis solidaire du tout, je dois donc me considérer comme la partie libre d'un tout (...). », p. 47.

864. De l'existence donc d'un engagement envers un « nous » s'en suivent une série de rapports entre le droit de la responsabilité et cet affect personnel qui joue dans la famille comme élément autonome, source de perturbations mais aussi de régulations nouvelles.

Paragraphe 2. Conséquence juridique de la dialectique du « nous » dans une responsabilité constitutive

865. L'exemple du couple est de nouveau celui qui illustre le mieux les conséquences concrètes qui peuvent être tirées en droit de l'existence de ce « nous » comme moyen de médiation entre la personne et l'exercice du droit. Non pas que de telles conséquences ne puissent être observées dans les liens de filiation, mais parce que le couple paraît centralisé de façon plus sensible les difficultés qui se posent¹¹⁹⁵. L'affect qui unit les membres du couple peut ainsi, de part sa nature personnelle, donner au droit de la responsabilité toute son ampleur pour protéger à la fois le « nous » et chacune des personnes qui le créent (I). cette fonction de guide pour la responsabilité que peut jouer l'affect ainsi conçu se trouve néanmoins facilement menacée par un malentendu sur la fonction de l'affect dans le couple (II).

I. LA RESPONSABILITE JURIDIQUE COMME VOIE DE PROTECTION DU COUPLE

866. Dans la mesure où le droit de la responsabilité, s'il doit former un système cohérent pour son application, n'a pas forcément besoin de saisir l'ensemble de la famille comme un système institutionnel, ni à redéfinir un droit de la famille dès lors que ses enjeux

¹¹⁹⁵ Vis-à-vis de l'enfant, il existe une sorte de protection relative à l'intérêt de l'enfant, qui, malgré ses imprécisions et ses récupérations parfois plus ou moins bienveillantes, permet au moins explicitement au juge qui doit se prononcer en matière de responsabilité de tenir prioritairement compte de la situation concrète dans laquelle il se trouve placé. De ce point de vue, la responsabilité qui intervient dans les rapports filiaux se trouve plus rapidement confronté à la résistance empirique de la situation affective, alors que cette résistance est plus faible lorsque c'est le couple qui est visé.

propres ont été détachés du débat relatif à l'apparition de nouveaux « droits », ce qui d'ailleurs n'est peut-être pas évident¹¹⁹⁶, **il paraît être très adapté aux exigences de protection de la situation familiale**. Il est ainsi spécifiquement à même de répondre à un besoin de protection du couple, mais aussi de ses membres, qui sont des personnes (A). Il est en outre, par là même, capable de déceler la normativité qu'implique l'affect dans ce champ (B).

A. Protection du couple et protection de ses membres

867. La responsabilité dont il est question dans un couple concerne la personne et non seulement certains de ses attributs, **et celle-ci ne se mesure pas à la force de l'engagement pris par l'autre, mais à l'aune de sa propre parole**, ce qui explique que dans l'ordre de la théorie du droit on puisse parler ici de « don »¹¹⁹⁷ ou de mutualité plus que de réciprocité¹¹⁹⁸. Il semblerait bien que le droit conserve, lorsqu'il est obligé d'intervenir, la conscience de cette totalité de l'engagement pris à cause d'une sympathie commune.

L'apparition d'une telle sympathie, qui est immédiate dans la société conjugale, trouve dans la représentation qu'elle suppose d'une unité, d'un « nous », une voie vers l'objectivité, que le droit qui s'impose comme « spectateur impartial » selon l'expression smithienne¹¹⁹⁹, peut saisir. Le couple se mue alors en une valeur qui prend une place plus haute que la valeur qui est attachée aux intérêts propres de ceux qui le composent, ce qui explique l'intervention du juridique par devers elle. Ainsi le devoir-être qu'initie déjà cette sympathie directe dans le couple ne fait-elle que trouver un appui dans les règles normatives, qui ne sauraient dès lors s'imposer de manière totalement hétéronome¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ Henri BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *APD*, Tome 20, 1975, p. 7 à 15 ; Jean CARBONIER, *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF, 435 p.

¹¹⁹⁷ Le don de soi est au cœur du mariage comme union de personnes, selon ce que développe Jean-Marc TRIGEAUD dans *Persona ou la justice au double visage*, Bibliothèque Filosofia Oggi, Gênes, 1990, 300p. Cf. aussi René SAVATIER, *ibidem*.

¹¹⁹⁸ Au sens développé par Emmanuel LEVINAS, pour qui l'absence de réciprocité marque la *philia* envers un autre en tant qu'autre. Le don est éminemment lié alors à la considération de l'altérité. En outre, dans la pensée de cet auteur, ce thème renvoie intrinsèquement à celui de la « responsabilité universelle », pour laquelle il serait presque possible de pressentir l'importance de la sympathie, bien que ce vocable ne soit pas du tout le sien, dès l'autre qu'il s'agit de percevoir la situation d'un *autre*.

¹¹⁹⁹ Adam SMITH, opus précité.

¹²⁰⁰ De nombreuses recherches dans le domaine de la philosophie du droit ont bien sûr déjà montré que la règle de droit ne pouvait jamais être entièrement hétéronome, mais il semblerait que dans le cas précis du couple il lui faille composer davantage encore avec un devoir-être déjà présent.

L'existence d'un devoir-être en soi, avec lequel le droit doit composer sans pouvoir inventer sa propre normativité produit l'impression selon laquelle il serait facile de voir dans la communauté affective une zone où le droit n'est ni utile ni désiré.

868. En effet, **dans cette situation particulière le droit qui « sommeil » en quelque sorte toujours tant que sa protection n'est pas activée par un délit, conserve à son réveil le souvenir de son assoupissement.** Depuis les célèbres mots de Carbonnier, la vie affective est classée dans la catégorie du « non-droit »¹²⁰¹, et d'aucuns ont fait justement remarquer que le droit était alors encore présent parce que c'est bien lui qui définit cette sphère de « non-droit », et parce qu'il ne cesse pas dans ce cas d'exister, mais n'existe plus pour moi qui suis dans cet instant où le droit ne fait que veiller sans que je m'en aperçoive¹²⁰². Ainsi faut-il consentir à la cohabitation d'un engagement potentiellement illimité et gratuit, hors des équilibres que pèse le droit, et du soutien qu'apporte la règle juridique à cet engagement qui le dépasse, puisque dès l'instant qu'il sort de la torpeur où il avait été plongé par la vie affective quotidienne des époux, il agit tout en se souvenant de son état antérieur.

B. Intervention du droit de la responsabilité normativement réglée par l'élément affectif

869. Le mécanisme qui s'observe alors est tout à fait singulier dans la relation qu'il établit entre le droit et le fait. Non seulement celui-ci est chronologiquement premier par rapport à celui-là qui le présume, mais encore le droit intervient dans la réglementation des rapports entre époux comme s'il avait conscience d'avoir été jusque là un veilleur silencieux. Il n'est certes pas entièrement endormi au moment de la conjugalité parce qu'il en définit à l'avance le domaine réservé et une responsabilité statutaire dans le mariage, mais lorsqu'il doit rappeler à chacun son engagement, ce n'est pas sans savoir que le respect de la parole donnée est ici teinté d'affection.

¹²⁰¹ Jean CARBONNIER, « L'hypothèse du non droit », in *Le dépassement du droit*, A.P.D, Tome 8, 1963, p. 55 à 74 (repris dans *Flexible Droit*)

¹²⁰² Simone GOYARD-FABRE, thèse précitée, p. 108 à 110.

870. La responsabilité est donc constitutive du couple parce qu'elle s'informe en un engagement qui le détermine dans son essence¹²⁰³, et parce que le droit l'accepte comme telle, mais qui ne peut en fait que la présumer. Ce jeu de présomption est particulièrement sensible dès lors que le fait inconnu que l'on déduit du fait connu ne peut jamais être l'objet de connaissance directe du juriste, ainsi condamné à toujours l'apercevoir par des éléments qui sont par nature incapables de rendre réellement compte de l'affection¹²⁰⁴. Or, chacun sait bien que la sympathie existe ; quoiqu'il soit impossible de la voir, elle se fait sentir partout. Plutôt que de la nier, il ne reste donc au juriste soucieux de ne pas rester dans un monde qui n'appartiendrait qu'à lui, qu'à chercher à la dévoiler, sans pour autant prétendre pouvoir le faire avec certitude et complètement.

Le point brûlant des discussions que peut susciter la prise en compte de l'élément affectif, dans des mécanismes aussi fondamentalement juridiques que ceux de la responsabilité, est cette fois-ci atteint. Ces débats s'achoppent inlassablement sur l'idée que puisque les cœurs sont insondables, voire incertains, le droit ne doit pas chercher à les examiner sous peine de donner dans le romantisme juridique¹²⁰⁵.

871. Mais en vérité, c'est une double hypocrisie qui se cache sous ces incriminations. Premièrement, il est impossible de prétendre que le droit n'examine jamais les sentiments, puisqu'il le fait à l'évidence chaque fois qu'intervient l'idée d'une faute, ou même chaque fois qu'il prétend déterminer quelle était l'intention des parties, comme si la volonté était plus palpable que l'affection, et comme si elle pouvait en être indépendante.

Deuxièmement, il paraît tout aussi impossible de nier que le travail du droit consiste toujours en un jeu de présomption, logiquement efficace, mais ontologiquement nécessairement imparfait. Alors ce que les juristes affrontent lorsqu'ils déterminent l'engagement qui nourrit le couple n'est qu'un acmé de ce qu'il traverse régulièrement sans

¹²⁰³ Sur le sens du « nous », cf. Martin BUBER, *Je et Tu*, [*Ich und Du*], Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, 1969, [1923], Roubaix, 154 p. Mais aussi et d'une façon plus directe encore Gabriel MADINIER, *Conscience et Amour, Essai sur le « nous »*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F, deuxième édition, Paris, 1947, 141 p. « Aimer, c'est constituer un *nous* à l'intérieur duquel la conscience se pose comme relation de moi pour toi et de toi pour moi. Dans cette intimité, il n'y a aucune identification. Pour celui qui aime, aimer ce n'est pas se fondre en autrui », p. 97.

¹²⁰⁴ Mais pourtant cet aspect avait été exposé par Georges GURVITCH, *L'idée du droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Scientia, Aalen, 1972, [1932], 710 p. cf. notamment p. 100 et s.

¹²⁰⁵ Julien BONNECASE J., « A la recherche du fondement du droit : Y a-t-il un romantisme juridique ? », *RTD civ.*, Tome 28, année 1929, Paris, p. 359 à 377. Mais surtout, dans une étude ancienne mais qui paraît pourtant énoncé des critiques insensées qui sont aujourd'hui reprises de façon diffuses : Louis BOURGES, *Le romantisme juridique. Synthèse traditionnelle du droit. Critique des idées modernes*, Paris, Nouvelle Librairie nationale, 1922, 400 p.

même se questionner. La recherche permanente de la vérité de la responsabilité d'abord morale et personnelle de ceux qui partagent leur vie ne saurait être abandonnée au prétexte qu'elle est inaccessible.

Au contraire, comme l'horizon, elle continue de guider le droit dans une dynamique où l'idée d'un impondérable ne préjuge pas de l'existence particulière d'équivalences admissibles, qu'incarnent les procédés de la responsabilité.

II. LE COUPLE « FINALISE » : APPRECIATION TRONQUEE DE L'ELEMENT AFFECTIF

872. Détaché de son ancrage personnel, l'affect peut encore troubler la responsabilité, même s'il est bien regardé comme une forme d'engagement. Car en effet d'abord, par le biais du problème de la reconnaissance du couple, la responsabilité peut ne pas voir en quoi consiste cet engagement (A) mais ensuite, le glissement peut s'opérer de l'affect d'une personne à un affect qui serait voulu pour lui-même, et qui ainsi ne pourrait plus avoir en fait de valeur normative. L'affection est réduite si elle n'est pas l'affection pour une personne (B).

A. Le problème de la reconnaissance du couple

873. C'est ainsi en fait le cœur de la question de la reconnaissance du couple par le jeu d'un système de responsabilité qui se dévoile, lorsqu'il faut s'attacher au problème du but. Au fond, la question de la cause de l'engagement ne peut être éludée dans l'étude de la responsabilité qui lie les deux époux, parce qu'elle peut en guider le régime. Pour quoi deux personnes devraient-elles répondre, relativement, l'une de l'autre, et l'une à l'autre, et en quoi cette caution apportée à l'une par l'autre serait-elle le marqueur infallible de la naissance à la vie juridique de ce couple. Telles ont été les interrogations qui ont guidées toutes les recherches précédentes et les éléments d'une réponse sont désormais réunis.

*La communauté affective est le but de l'union de deux êtres*¹²⁰⁶ et elle implique inéluctablement une responsabilité morale, puisque *cette communauté induit une forme suprême de la solidarité*¹²⁰⁷. La question de la reconnaissance sociale de cette responsabilité, à travers l'admission de ses effets en droit, se pose dans la mesure où elle semble ne pas pouvoir se dégager des fausses apories de la « norme » conjugale.

874. En effet, **dès l'instant que le couple**, et en l'occurrence le couple marié, **est regardé comme une fin « en soi »**, déconnectée du point de savoir qui il unit, **il devient un aspect d'une forme de normalité sociale** qui n'a plus rien à voir avec l'expression d'une liberté de la personne. Or, ce faisant, tout le système d'une responsabilité attachée au couple se trouve fragilisé. Si le mariage est visé pour ce qu'il manifeste de « commun », pour ce qu'il symbolise en société¹²⁰⁸, l'engagement n'est plus celui qui porte deux personnes à respecter un « nous », mais il est celui qui s'adresse à un « eux » communautaire¹²⁰⁹. La responsabilité ne peut plus alors avoir de sens, puisqu'elle recouvre un contenu de pur appareil, et variable au grès non plus même des volontés individuelles de ceux qui en sont les protagonistes, mais au grès des décisions politiques du moment.

¹²⁰⁶ D'aucuns pourraient alors objecter que dans ces conditions il serait impossible de reconnaître juridiquement des liens de responsabilité là où les mariages « arrangés » ou « de convenance » se pratiquent. Deux ordres de remarques peuvent alors être invoqués pour couper court à ces critiques. D'abord là où les mariages sans amour sont clairement ceux qui correspondent à la norme, il faut constater que les liens de responsabilités revêtent une autre nature puisqu'ils s'apparentent davantage à des liens d'honneur ou même hiérarchiques. Ainsi, il ne paraît pas exagéré de dire que la démonstration proposée résiste à la critique puisque les liens qui unissent alors les époux sont réellement différents de ceux qui les unissent lorsque le mariage d'amour est privilégié. Ensuite, sans même avoir besoin de se tourner vers d'autres pays, le but reconnu dans l'union de deux personnes est bien celui qui est défendu par tous lorsque les mariages dits « blancs » sont dénoncés. En effet, si le but premier du mariage était autre que l'amour, comment expliquerait-on que l'on puisse annuler celui qui est contracté par deux personnes dont le consentement était donné de façon parfaitement éclairé et libre ? Par ailleurs, il semble que l'ensemble des développements précédents tendent à prouver que l'élément affectif est la cause première de la responsabilité constitutive du couple.

¹²⁰⁷ Or, ce but n'est pas celui qui est mis en avant par le législateur du PACS qui a rejeté l'élément affectif du champ de ce système, sans doute parce qu'il a pensé légiférer seulement pour une catégorie donnée de personnes sans osé cependant leur accorder ce qu'elles demandaient. Néanmoins, il faut souligner que les faits résistent et que le PACS est une forme d'union désormais répandue, bien qu'elle le soit principalement chez les couples hétérosexuels, qui, comme cela avait pu être rapidement indiqué plus haut, y réintroduisent l'amour en faisant de ce contrat un genre de fiançailles (Selon l'INSEE, « unions conclues entre partenaires de sexes opposés », en 2010, 186 537 PACS ont été contractés par des personnes de sexe opposé, et 95% des couples PACSés sont des couples hétérosexuels, <http://www.insee.fr>, consulté le 28/07/2011. Ainsi, le PACS, critiqué en de nombreux points dès son adoption, devrait l'être avant tout parce qu'au fond il a été créé en dehors de tout horizon affectif, et en cela il est en profonde rupture avec le réel.

¹²⁰⁸ Au moment de l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, on se souvient bien que le mariage était évoqué comme un droit de « tous », ce qui peut être certes admis si l'on veut voir le mariage comme un droit de la personnalité (cf. *infra*), mais au motif, peut-être plus lourd de sens, qu'il représentait une reconnaissance sociale égalitariste de tel ou tel couple.

¹²⁰⁹ Le mariage serait alors davantage l'affichage public d'une relation que l'on oppose face à un groupe social, à un Etat, et non l'engagement plus intime que l'Etat se contente de protéger. On voit peut être alors par où les gains apparents de la liberté peuvent être au fond des intrusions dans les modes personnels de la vie amoureuse.

Sans qu'il soit bien évidemment question de dire que le mariage peut se passer de ce sens social et même politique qu'il revêt, et même historiquement d'une façon prédominante, il est cependant possible de remarquer que la dissolution de toute autre signification de l'union dans un phénomène social ne peut que brouiller dans le même mouvement la détermination claire et cohérente d'un système de responsabilité.

Le droit positif du mariage apparaît bien comme soumis à la tension de ces deux pôles que seraient d'une part l'hégémonie d'une normalité sociale et d'autre part l'expression tronquée d'une affection personnelle que l'on ne peut défendre sérieusement en la coupant de la situation concrète qu'elle cause.

875. Le mariage pourrait d'ailleurs tendre à souffrir du déni qui est fait du rôle que doit prendre l'élément affectif, bien que d'une manière plus superficielle, lorsqu'il est lui aussi coupé son sens. Car si affection il y a, elle est bien toujours nécessairement l'affection de quelqu'un.

B. Critique de la réduction de l'affect à une finalité en soi

876. Quoique le sentiment, dans une restriction très individualiste de son sens, soit fréquemment dénoncé comme auteur de l'instabilité¹²¹⁰ qui s'est insinuée dans le couple marié, il est en vérité nié par cette restriction abusive elle-même, qui le confine à la recherche d'un intérêt purement égoïste ou parfois à la simple attraction. Ainsi défini, on voit mal comment il pourrait ne pas être effectivement en contradiction profonde avec la nature du couple institutionnalisé.

Mais l'élément affectif ne peut pas être sérieusement réduit de cette manière sans perdre son essence. Plus encore, l'amour qui est bien en jeu dans la réalité du couple qui s'engage est le contraire de ce que l'on identifie désormais au sentiment tout puissant, une démarche intéressée et productive. Cette confusion du sens de l'affect est celle qui aura logiquement entraîné celle qui se fait jour et qui brouille le jeu de la responsabilité dans le mariage. Par induction, c'est la réduction de l'affection que l'on porte toujours à une personne

¹²¹⁰ Cf. récemment, Méлина DOUCHY-OU DOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Lonrai, 2012, p. 81 à 94.

déterminée à une affection due pour elle-même, comme fin d'une relation à l'autre qui prend la place du média, et que l'on découvre derrière les autres réductions de l'union conjugale.

877. Si l'élément affectif est une fin, poursuivi comme telle, alors plus aucune responsabilité ne peut se légitimer dans le couple, puisqu'effectivement force sera de constater que chacun doit pouvoir rechercher cette fin de la manière qui lui semble « individuellement »¹²¹¹ comme étant la plus efficace. Même sans préjuger de la valeur d'une telle acception de l'élément affectif, qu'il soit simplement ici permis de relever qu'un choix devrait être opéré, à plus long terme sans doute, en droit de la responsabilité :

Soit il faut admettre que la question de la valeur portée par l'élément affectif est immanente, et qu'elle peut être protégée par la responsabilité civile, et plus généralement par le droit du mariage, parce qu'elle engage deux personnes l'une envers l'autre.

Soit il faut admettre que l'affect de chacun n'est pas une cause finale, mais une fin abstraite, et qu'il faut donc dégager les membres d'un couple de toute responsabilité l'un envers l'autre, dès lors qu'une telle responsabilité, forcément normative, n'aurait plus de sens.

Il est en tout cas impossible de défendre l'idée illogique d'un mariage dont le contenu et les effets sont fixés législativement, mais dont le sens n'est que le produit de ce que chacun vise pour soi.

878. Il ressort donc que la responsabilité qui est engagée dans la famille, et notamment dans le couple, peut utiliser le « nous » envers lequel les personnes s'engagent médiatement, pour saisir l'un des aspects de l'affect. Il ne s'agit pas de se croire autorisé à en saisir le tout, mais d'en comprendre l'aspect qui se prête à un regard juridique de droit de la responsabilité, tout en restant conscient du rattachement de cet aspect à la personne. Car c'est bien de la personne et vers la personne que se dirige l'affect, en tant qu'élément autonome. Un rapport particulièrement est de nature à exprimer ce mouvement, et à dénoncer les réductions de l'affect : celui de la fidélité.

¹²¹¹ Il s'agit bien ici d'individu et non de personne, puisque c'est ce personnage social là qui est en jeu si l'élément affectif est détaché de celui à qui il s'adresse. En perdant de vue le « nous », le couple devient une représentation sociale pure, et abstraite, qui ne peut appartenir alors qu'à l'individu tel qu'il est capable de se faire voir par une communauté d'autres individus.

Sous-section II. RESPONSABILITE COMME FIDELITE AU « NOUS »

879. Si la fidélité est en droit limitée dans son expression au domaine du couple¹²¹², elle peut concerner en fait l'ensemble des rapports familiaux. Sur un plan plus moral en effet, qui est de toute façon celui où évolue la personne, la fidélité est l'une des clés de tout engagement. Ainsi entendue, il est possible de parler d'une fidélité au « nous » familial, qui engloberait aussi bien la fidélité des époux qu'impose l'article 212 du Code civil, qu'une forme de fidélité plus diffuse peut-être qui existe entre les époux aussi, mais entre parents et enfants aussi bien. Il s'agit en ce sens d'une attitude totalement personnelle¹²¹³, qui ne peut en aucun cas dans la famille être interprétée comme ailleurs en droit comme une simple obligation de respecter la parole donnée¹²¹⁴, ce qui d'ailleurs ne peut pas avoir de sens puisque la désunion est possible, et qu'elle n'engage justement pas obligatoirement, loin s'en faut, la responsabilité.

880. Le sens personnel de la fidélité se trouve ainsi utile à la compréhension d'un « être » familial, si ce dernier est accepté, et à la compréhension de la place qu'y tient la responsabilité comme mécanisme de sanction ou de réparation. Alors que rien n'oblige peut-être le droit à être par ailleurs attentif à cet aspect, il devient crucial dans la famille, non seulement parce que c'est le lieu peut-être où la fidélité, même en un sens juridique est attendue come un devoir, mais encore et surtout, parce que c'est dans ces relations que l'éviction de sa valeur morale peut avoir les conséquences les plus discutables.

La fidélité à un « nous » de la famille déploie ainsi son sens sur deux axes : celui de la présence d'abord (Paragraphe 1), et celui de la liberté ensuite (Paragraphe 2).

¹²¹² Sonia BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, thèse de doctorat dactylographiée, Toulouse I, 2005, 743 p.

¹²¹³ « La fidélité en un certain sens n'est jamais primitive. Elle commence au plus tôt au second instant de la conscience, s'il ratifie le premier. Et elle ne s'achève jamais absolument, car rien ne la limite dans le temps à venir : tant qu'un lendemain est possible pour moi, je ne peux me targuer d'être parvenu à être fidèle », Maurice NEDONCELLE, *De la fidélité*, Philosophie de l'esprit, Aubier, Paris, 1953, p 12. L'auteur conclut sur cette idée qui énonce plus clairement encore le sens personnel de la fidélité : « (...) le rôle de la fidélité est précisément d'inverser le temps pour accomplir la personne. (...) Elle a pour fonction, en somme, de sauver la rencontre spatiale dans notre durée et en ce sens, de temporaliser l'espace ; puis de ramasser notre histoire dans une valeur permanente et d'éterniser ainsi le temps. » p. 193.

¹²¹⁴ Jean-Marc TRIGEAUD, « Justice et fidélité dans les contrats », in *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, p. 167 à 188.

Paragraphe 1. La fidélité, la connaissance et la présence

881. La reconnaissance et la connaissance ont bien une place dans le lien affectif qui unit les membres d'une même famille, s'il est regardé sous un angle technique. La responsabilité qui joue en effet dans le couple, mais ici surtout dans les liens parentaux, suppose, comme un critère, que l'enfant qui engage la responsabilité de son parent sache qui il est, mais qu'il sache encore que ce parent refuse une place qu'il n'ignore pas¹²¹⁵. Ce pourrait être en ce sens que le « nous » qui est créé dans la famille a une valeur spécifique. Il se pourrait en effet que cet « être familial » existe parce que chacun se reconnaît comme un *semblable*. La fidélité alors, serait celle que l'on doit à celui qui est connu et reconnu comme un autre, et comme un semblable.

Mais une telle analyse, quoiqu'elle puisse effectivement avoir une valeur technique quant à l'engagement ou non de la responsabilité dans certaines situations familiales, ne paraît pourtant pas de nature à expliquer ce qu'il y a de personnel dans ce lien.

882. Car en effet la fidélité suppose plus que cette connaissance ; elle suppose dans la famille, une présence. En ce sens, la fidélité n'est pas une force d'inertie, et elle n'est donc pas exactement un équivalent du respect de la parole donnée, comme elle peut l'être lorsqu'elle est invoquée dans les relations contractuelles par exemple¹²¹⁶. Ce point est peut-être important, parce qu'il expliquerait qu'au fond les juges ne sanctionnent pas de façon automatique les manques qui sont relevés dans la famille à la fidélité. Si elle était un engagement pris comme le serait un engagement auprès d'un partenaire économique, la moindre défaillance devrait entraîner la responsabilité.

Mais justement dans la famille, la fidélité est d'une nature plus subtile et personnelle, et c'est au nom de son plus grand respect alors que les sanctions ne peuvent se faire de

¹²¹⁵ Cf. *supra*. p. 184.

¹²¹⁶ « Le droit contractuel essaie de projeter la fidélité dans une détermination extérieure qui la conserve et la protège. Il est médiateur entre la force de la nature et la sainteté de la volonté fidèle, mais ne réussit pas à traduire au dehors tout l'élan intérieur, car le contrat est grevé de conditions multiples », Maurice NEDONCELLE, *op. cit.* p. 90. Plus loin : « Malgré sa ductilité morale, le contrat a une forme étroite ; il suppose une priorité de l'avoir sur l'être, de l'obligation littérale sur l'aspiration spirituelle, de la fidélité close sur la fidélité créatrice et de l'intérêt sur le don inconditionnel à la valeur morale », p. 93.

manière automatique. Et d'ailleurs, en ce sens, la fidélité est aussi bien remise en cause par celui qui dénonce le comportement de son proche en justice. Voilà bien une difficulté tout à fait propre à l'exercice de la responsabilité dans la famille dès lors que l'examen de l'affect s'éloigne un peu du champ strictement technique. La fidélité, si elle est en effet un engagement qui n'est pas seulement le respect de la parole donnée, et qui peut sembler même extérieurement être moins, puisque ses frontières sont moins strictement déterminables dans un apriori de la relation, est aussi plus, en ce sens qu'elle est aussi une présence¹²¹⁷.

883. En tant que connaissance, la fidélité est immuable, tandis qu'elle est, en tant que présence, une forme de sincérité de tous les instants¹²¹⁸. De ces deux aspects de la fidélité, aucun n'est certes à rejeter, mais le second est celui qui est peut-être le plus éloigné *a priori* des moyens du droit de la responsabilité, alors qu'il est peut-être le plus proche des impératifs de la famille. La fidélité qui serait statique, est une forme de fidélité à soi-même, dans la mesure où il s'agit alors de respecter la parole donnée par soi, et de persister dans la volonté qui a été énoncée un instant. La fidélité qui serait créatrice et capable d'évolution, est en ce cas tournée vers l'autre, puisqu'il s'agit d'être lié d'une façon directe à lui et à persister plutôt dans une façon d'être présent, que dans une décision quelconque, fût-elle vécue comme un devoir. A deux sens de la fidélité correspondraient donc deux mouvements de la fidélité, dont l'un est tourné vers celui qui veut être fidèle, tandis que l'autre est tourné vers le sujet de sa fidélité.

Or, sans angélisme, il faut constater que dans cette seconde forme de fidélité, dont l'exigence est la plus haute, les défaillances d'un instant sont toujours au moins possibles¹²¹⁹. Même lorsqu'elles sont surmontées, elles sont toujours pendantes. Ainsi se trouve la source de ce qu'en droit de la responsabilité, lorsqu'elle s'applique à la famille, il est impossible de sanctionner l'infidélité comme un simple manquement à une « promesse »¹²²⁰.

¹²¹⁷ Gabriel MARCEL posait ainsi l'idée d'une fidélité « créatrice » et libératrice.

¹²¹⁸ JANKELEVITCH semble poser deux sens de la fidélité. La première fidélité serait une identité de soi et la seconde une sincérité qui exige d'avoir un sens dans l'instant. Vladimir JANKELEVITCH V., *Traité des vertus II : les vertus et l'amour*, Paris, champs essai Flammarion, 1986, Tome 1, p. 242 et 243.

¹²¹⁹ « Et l'amour lui-même ne peut se maintenir dans l'immédiateté de la relation ; il dure, mais dans une alternance d'actualité et de latence (...) Chaque Tu ici-bas est condamné à devenir chose ou tout au moins à retomber sans cesse dans le monde des choses. (...). Le Cela est l'éternelle chrysalide, le Tu est le phalène éternel. A cette réserve près que ce ne sont pas toujours des états qui se succèdent nettement, mais souvent une dualité profonde où s'embrouillent les deux processus », Martin BÜBER, op. cit. p. 50.

¹²²⁰ Jean-Marc TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, p. 189 à 202.

884. Mais, parce qu'il est d'une part impossible au droit de la responsabilité de comprendre entièrement la seconde fidélité, et parce que d'autre part il existe certainement dans la famille qui est reconnue en droit un mélange des deux formes de fidélité, la nécessité s'impose de tenir compte de ces deux formes de fidélité au moment de réparer ou de sanctionner une infidélité dans la famille. Cet enjeu est de taille, puisqu'il contraint en fait la responsabilité à s'appliquer en faisant non seulement sa place à l'engagement juridique et volontaire, tout en permettant aussi à la sincérité personnelle de s'exprimer.

Ainsi les deux pôles sur lesquels la fidélité dans la famille s'exprime ne sont pas ceux auxquels elle a pu être réduite lorsque des juridictions ont acceptés de sanctionner des infidélités « intellectuelles »¹²²¹ ou même « virtuelles »¹²²². Le problème n'était peut-être pas alors de donner à la fidélité un sens non-charnel, puisqu'elle ne peut de toute façon certainement pas être réduite à une exclusivité de la relation charnelle entre les époux, dès l'instant que la fidélité peut être une valeur commune dans la famille, mais surtout dès lors que cette exclusivité n'a de sens que par rapport à un engagement personnel. Sur ce point, une réduction très édifiante de la fidélité est opérée dans ce type d'interprétation. En effet, en distinguant d'une part une fidélité qui serait charnelle et une fidélité qui serait intellectuelle, l'on paraît oublier que la fidélité est une fidélité à une personne ou à une valeur et ne peut jamais s'exercer « à vide »¹²²³, en ne visant que le respect d'une parole détachée de ce dont elle est la parole. Dire ainsi qu'il existerait une fidélité qui porterait uniquement sur une exclusivité des relations sexuelles des époux, c'est dire en fait que la fidélité n'est qu'un accord, dont les éléments sont dépendants d'une volonté, et qui peut être détaché de sa visée, de son *intention*. Ainsi donc précisément en formulant ainsi la fidélité, il était prévisible qu'elle se décomposerait ensuite en sous-ensembles : « intellectuelle », « virtuelle », mais pourquoi pas « imaginée », etc... Les décisions qui ont admis de telles infidélités n'ont donc fait que suivre une pente sur laquelle elles avaient été lancées par un oubli de ce que la fidélité est une vertu ou un devoir qui n'est pas autonome, qui dépend de la personne.

885. L'idée d'une fidélité qui serait une présence pourrait être une piste pour arrimer la fidélité à la personne, et pour se dégager de ses difficultés relatives à des

¹²²¹ Paris, 13 févr. 1986, Gaz. Pal., 17 avril 1986, p. 216.

¹²²² Poitiers, 24 janv. 1990.

¹²²³ « La fidélité (...) comme le respect ou comme l'espoir, appelle des précisions circonstancielles », indique JANKELEVITCH, op. cit. p. 141. La question est bien de savoir à quoi l'on est fidèle.

« genres » de fidélité, qui ne peuvent que conduire ensuite à des genres de relations, et aux débats infinis qui peuvent se multiplier alors pour savoir si les époux avaient prévu les modalités de leur foi. Ces questions là sont biaisées dans la façon même dont elles sont posées, parce que la fidélité dans la famille n'est pas dépendante des termes exactes qui auront été employés dans la parole donnée, voire dans une convention illicite passée par les époux¹²²⁴. Elle est une présence quotidienne, et une forme de croyance au « nous » de la relation des personnes. Cela n'exclut pas que l'on puisse faire aussi appel en droit, lorsqu'il s'agit de sanctionner un comportement infidèle ou bien d'adapter la sanction appliquée à un tel comportement, à la fidélité comme respect de la parole donnée, mais à la condition de ne pas réduire le tout de la fidélité familiale à cela, qui n'est qu'un aspect soumis à l'autre, qui lui donne son sens.

886. La considération de la fidélité dans cette envergure personnelle conduit aussi à regarder sous un jour plus net la question des rapports entre fidélité et liberté.

Paragraphe 2. La fidélité, la responsabilité et la liberté

887. La fidélité qui est parfois amputée en droit de son sens personnel et affectif, est tournée vers l'autre et sa fin avant d'être une simple persévérance dans une parole donnée, se trouve assimilée à la stabilité. Ainsi entendue alors, la fidélité est un devoir qui porterait sur la répétition infinie du même, sur une forme de « recommencement » de la relation qui ne pourrait plus dès lors être libre. En cela, la méprise sur le sens de la fidélité au « nous » familiale serait totale, car la fidélité doit y être au contraire une source de liberté¹²²⁵. Bien qu'il soit impossible sans doute au droit de la saisir ainsi, il a néanmoins le devoir de respecter l'épanouissement de la fidélité en ce sens là. De ce point de vue d'ailleurs, le droit de la responsabilité est favorisé, parce que son intervention se fait toujours après que soit intervenu un déséquilibre, et qu'en se prononçant sur ce déséquilibre uniquement il est sans doute plus apte à respecter ce qui le dépasse.

¹²²⁴ Bordeaux, 19 novembre 1996, D. 1997, II, 524, note Thierry GARE ; Dr. Fam, 1997, n°60, obs. Hervé LECUYER ; RTD civ. 1997, 403.

¹²²⁵ « [La liberté] a en définitive trois aspects inséparables. D'abord, elle est l'acte par lequel nous nous affirmons en consentant à notre être ; ensuite, elle est la réplique que nous donnons à cette première position de nous-mêmes et qui peut jusqu'à un certain point nous aliéner ; enfin, elle est la valeur qui reste immanente à toutes nos décisions pour nous y rappeler notre vocation », Maurice NEDONCELLE, op. cit. p. 174.

888. L'exigence de stabilité qui semble mise en avant pour fonder la reconnaissance de certains liens familiaux peut être comprise comme recouvrant en réalité celle du respect de la parole donnée, principe fondateur du droit qui confine à l'honnêteté, et que la forme solennelle par laquelle la parole est donnée confirme ce principe¹²²⁶ qui devrait jouer *a fortiori* lorsque deux personnes s'engagent par le mariage l'une envers l'autre. Or, il vient d'être posé que cette analyse présentait des insuffisances, même pour présenter justement l'institution à laquelle elle paraît le plus naturellement adaptée, qui est celle du mariage.

Effectivement, si le mariage est bien, d'une certaine manière, exemplaire des relations de couple en général, il faudrait démontrer que la stabilité n'est pas non plus un véritable critère, suffisant à justifier les mécanismes de responsabilité qui s'instaurent même lorsque les couples n'ont pas vocation à s'unir « pour toujours »¹²²⁷.

Apparemment, il y aurait d'ailleurs un paradoxe à jauger le degré de responsabilité, qu'implique cette forme d'union, sur sa stabilité alors que d'une part c'est souvent précisément la qualité qui leur est refusée¹²²⁸ et alors que d'autre part surtout les concubins eux-mêmes n'ont pas eu l'ambition de s'inscrire dans une longue durée. Ce critère fait pourtant désormais partie de ceux que la loi a explicitement entérinés comme étant des éléments de définition du concubinage et il est par suite impossible de ne pas en tirer les implications pour la question qui fait l'objet de ce développement. Là encore une fidélité est en un sens personnel engagée, qui pourrait donc comprendre ce qui gouverne à l'examen qui est parfois fait de la stabilité de l'union. Sous ce vocable, ce n'est peut-être pas ainsi la stabilité qui est recherchée, puisque l'on ne sait de toute façon déterminer précisément son

¹²²⁶ Ce principe étant trop souvent érigé abstraitement en substitue de la liberté de la personne. Le consentement au contrat de confiance que passerait entre eux les époux, si l'on ne prends garde de songer au « nous » qui est en fait le lieu de leur engagement, justifierait seulement que soient respectés les termes de cet accord initial. « (...) comme si le contractuel cessant d'être un instrument devenait substantiel et pouvait à son tour redéterminer la nature même des termes qu'il unit ». Jean-Marc TRIGEAUD, « La personne et sa représentation ou l'illégitimité de son double », *Filosofia Oggi*, n°137-138, juin-juillet 2012, p. 22. L'auteur note encore, un peu plus loin que le contrat peut apparaître comme « (...) un lien social de volontés qui vante la raison uniformisante dans sa relationnalité établie entre éléments homogènes et gommés dans leur identité singulière. (...) vous êtes désormais tenu par vos promesses et engagements ou signatures sur le papier politique de la vie comme l'êtes par une religion qui a substitué aux dispositions de l'âme intellectuelle et aimante la souscription à une fidélité de parti et à un loyalisme de comportement (le même que dénonçaient courageusement Josiah Royce, Gabriel Marcel, Vladimir Jankélévitch). », p. 23.

¹²²⁷ Cf. la remarque de SERIAUX, dans Aix, 15 septembre 1982, D. 1984, II, 267, note Christian ATIAS et Alain SERIAUX, pour qui le mariage est un « oui » inconditionnel quand les autres unions seraient toujours des « oui mais ».

¹²²⁸ Pour l'adoption par des concubins par exemple.

point de départ. C'est la vigueur d'un engagement pour le « nous » que les juges cherchent par là à percevoir. La stabilité n'est ainsi qu'un signe de l'engagement¹²²⁹.

889. Une piste paraît ne pouvoir s'ouvrir par ailleurs que si l'on n'envisage pas la responsabilité dans un processus temporel, et donc en l'extrayant de l'idée de stabilité, du moins telle qu'elle est envisagée aujourd'hui, comme une notion uniquement fondée sur le nombre d'années passées ensemble sans voir que la stabilité d'un couple relève d'autres éléments, même en dehors de tout enfantement. La stabilité semble devoir, pour être significative, s'inscrire dans un qualitatif autant que dans le quantitatif qui lui est le plus souvent attribué.

Elle ne peut rien signifier si elle n'est qu'une succession de moments qu'il suffirait de comptabiliser. Il est d'ailleurs évident que telle n'est pas la réalité juridique, puisqu'il n'existe aucun nombre déterminé d'années au bout desquelles le concubinage serait avec certitudes admis à l'existence en droit. Il faut donc voir qu'au-delà de la stabilité et de son caractère continu, c'est une stabilité bien plus qualitative qui intéresse le juge.

Par cet aspect, peut-être pourrait-on se risquer à évoquer une stabilité plus profonde dans le couple, une durée¹²³⁰ affective. Bien que les marques d'une telle affection soient naturellement imparfaites et insuffisantes¹²³¹, c'est bien elle qui est en dernier ressort le véritable sens de la stabilité, qui s'analyse alors, quelle que soit l'union envisagée comme une fidélité au couple lui-même. Là réside l'originalité profonde de l'engagement dont il s'agit¹²³².

¹²²⁹ Un signe par distinction du sens. cf. Raymond RUYER, « L'expressivité », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 69 à 100.

¹²³⁰ Sciemment il a été choisi d'employer la « durée » par opposition au « temps », développé dans le langage philosophique de BERGSON. En effet, la durée correspond mieux à cette idée que la stabilité est un temps subjectivement vécu, dont l'appréhension la plus objective possible passe donc nécessairement par une compréhension substantielle relative à sa qualité plus qu'à sa quantité.

¹²³¹ Même si, d'ailleurs, l'on pouvait affirmer sans hésiter que chacune de ses marques est vraie, il serait impossible de résoudre le paradoxe selon lequel l'amour qui existe entre deux personnes ne peut être entièrement contenu dans ses apparitions, au sens phénoménal, mais selon lequel aussi l'amour est une valeur incarnée, qui conduit nécessairement une action. Si AUGUSTIN a pu dire dans ses *Soliloques* (traduction de Pierre De Labriolle, Éditions Payot et Rivages, Rivages poche, Petite bibliothèque, Dijon-Quetigny, septembre 2010, p.66 à 70), que la vérité ne meurt pas lorsque meurt une chose vraie, l'amour lorsqu'il s'incarne dans une relation paraît bien se dissiper avec les actes d'amour. Donc, l'argument tiré de l'insaisissabilité de l'affect pour l'exclure du droit ne peut tenir : dès lors qu'il est incarné, il devient visible, mais il faut pourtant accepter de n'en voir toujours qu'une part sans pour autant oublier le plus grand qu'il compose.

¹²³² Au fondement de la reconnaissance d'un couple, il y a donc celle d'un véritable engagement moral auprès d'une personne et ce dernier demeure, comme dans le mariage, personnel, mais il n'a pas à l'origine le caractère de permanence, qui fondait pour CARBONNIER la sacralité du mariage en ce qu'il engageait jusqu'à la mort. Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Etudes offertes à Georges Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, L.G.D.J, 1950, p.325 à 345. Cet article constamment cité dès que la question du mariage est abordée, doit l'être en le remplaçant dans son contexte. Ce n'est pas parce que le mariage s'attache à un « duo de sentiments » (p. 331), qu'il relève de la terre et du ciel, mais bien parce

890. Ainsi entendue, la stabilité mise en avant par le juriste n'est qu'un instrument de présomption du plus grand qui la domine au fond, et par le sens véritable de l'engagement qu'elle présume, il est possible de résoudre au moins en partie le problème de la possible coexistence de l'essence contractuelle et de l'essence institutionnelle du couple. Ces deux essences ne s'opposent effectivement que par les dévoiements dans lesquelles elles ont été confinées.

C'est parce que le contrat a été réduit à la rencontre des volontés, en oubliant qu'elle n'était qu'un aspect d'une convention dans laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent à adopter un certain comportement, qu'il est devenu incompatible avec l'institution pour laquelle l'importance accordée à la notion d'ordre public a voilé celle de la valeur qui était par là protégée. Il suffirait alors d'admettre que l'origine volontaire du couple ne l'empêche pas d'impliquer un rapport de droits et de devoirs, qui d'ailleurs dépassent nécessairement le champ du juridique dès lors que c'est une relation de personnes, et que la convention rejoint l'institution par où cette dernière vise à protéger une valeur particulière. Il apparaîtrait alors que l'institution et le contrat sont soumis à une même cause qui se résout en un engagement puisque c'est lui qui s'est découvert sous les apparences de la stabilité et de la volonté.

Dès lors que celui-ci est pris pour l'avenir, et pour une valeur attribuée au couple en tant qu'unité, la nécessité de comprendre comment se forge cette valeur et comment elle est appréhendée par le droit qui doit alors, ici plus qu'ailleurs, s'élaborer en fonction d'un *sein* qui contient déjà clairement un *sollen* propre¹²³³.

891. La fidélité est un lien avant d'être une inertie. Elle est ainsi conçue de façon dynamique¹²³⁴. C'est ainsi que dans la famille, la fidélité n'est pas de nature à porter atteinte à la liberté de chacun de ses membres, mais en est au contraire un instrument. En effet, alors

qu'en lui seul « pénètre l'idée de la mort » (p. 340). Ainsi, bien que cette référence soit utilisée pour étayer l'idée selon laquelle le mariage comporte bien des aspects *supra* juridiques, par le sentiment, il ne s'agit pas de faire du Doyen Carbonnier un représentant du romantisme juridique. De cet engagement moral, le droit tire une responsabilité juridique pour l'avenir, au sens où, quand bien même en matière de concubinage il n'existe pas de détermination *a priori* d'un statut, elle est reconnue *pour avoir été prise*.

¹²³³ Cf. aussi l'article de Véronique WESTER-OUISSE, « responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle fusion des régimes à l'heure internationale », RTD civ. 2010, p. 419.

¹²³⁴ « L'esprit de conséquence, de cohérence, qu'est-il d'autre que l'esprit de fidélité ? Or, la fidélité, qu'est-elle, en dernier ressort, sinon de l'amitié ? (...) Comment connaîtrait-on la fidélité, comment connaîtrait-on l'amitié, sans l'existence d'un lien ? et que signifie un lien, sinon l'acceptation d'un élément commun (...) ? En d'autres termes il s'agit de « quelque chose » qui nous transcende », Hans-Albrecht SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXI, L.G.D.J., Paris, 1976, p. 71.

que la fidélité à soi-même, et le respect de la parole donnée, parfois passé dans les rapports humains sous le langage de la stabilité, est bien de nature à limiter l'action, la fidélité à l'autre et au « nous » qui en est issu est au contraire créatrice. Elle doit être à ce titre protégée par le droit, mais ne peut certes pas être l'objet d'une règle de droit *a priori*. Seule la responsabilité a ainsi la particularité d'avoir à se poser cette question, que le droit de la famille à la limite ne peut pas connaître, parce qu'en se penchant sur des situations de déséquilibre dans lesquelles des dommages se sont produits, elle peut être amenée à sanctionner l'atteinte à cette fidélité comme présence.

892. En voulant ainsi poser, à côté de la définition réaliste de l'affect qui développe son utilité à un plan technique, une définition personnaliste de cet élément, c'est une série d'ultimes limites de la responsabilité qui sont découvertes. L'affect est alors perturbateur qu'il contraint la responsabilité à respecter son autonomie, et régulateur par là même, puisqu'il fixe le sens et les limites dans lesquelles elle peut s'exercer.

Dans cette définition personnaliste de l'affect, il ne suffit pas de percevoir la personne comme une fin, quoique cela soit certainement le point essentiel de l'apport d'une telle définition. Il faut encore avoir des égards pour la situation dans laquelle la personne se trouve.

Section II. L'affect comme situation personnelle

893. L'affect est ce par quoi « la situation de l'homme dans le monde »¹²³⁵ s'opère. C'est par cet élément en effet que chacun est dans le monde, non seulement passivement en recevant les signaux, mis encore activement en donnant du sens aux mouvements affectifs qui seront suivis ou refusés. Pour reprendre le langage de Martin Buber¹²³⁶, il faudrait même préciser que cette insertion de l'homme dans le monde est en fait

¹²³⁵ Selon le titre de l'ouvrage de Max SCHELER, *La situation de l'homme dans le monde*, Paris, Aubier, éditions Montaigne, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], 1951, 126 p. C'est d'avantage en référence à SCHELER qu'en référence à SARTRE que le terme de situation est employé ici, quoique Jean-Paul SARTRE en ait donnée une définition généralement reprise dans *L'Être et le Néant*, p. 633.

¹²³⁶ « (...) l'action de l'être total supprime les actions partielles, donc aussi les sensations d'action, qui sont toutes fondées sur le sentiment d'une limite ; cette action ressemble donc à une passivité », Martin BUBER,

active et passive, non successivement comme cela vient d'être suggéré, mais bien simultanément. Là est peut-être l'originalité profonde de l'affect de permettre ce mouvement permanent.

Or, c'est aussi par cette situation dans le monde que chacun s'engage, et donc se rend aussi responsable. Tout se présente ainsi de telle sorte qu'affect et responsabilité soient les deux pôles de la situation de la personne. L'un lui permet de s'insérer dans le monde et parmi les autres, l'autre est le principe au nom duquel il s'y engage¹²³⁷. Cet engagement est aussi un investissement, au sens où la situation est autant créée par la personne qui la vit, qu'elle la crée.

De cela, le droit de la responsabilité pourrait se sentir exclu, parce qu'il n'a pas nécessairement besoin de sentir consciemment tous les enjeux qu'il emporte, à un plan plus philosophique et pratiquement métaphysique. Quoiqu'en ayant à s'interroger sur le sens de la faute, ou même de façon plus significative pour le champ de l'étude ici proposée, sur le risque¹²³⁸, le droit de la responsabilité contemporain est en fait, même sans le vouloir confronté à ces enjeux. L'étude de l'affect dans la famille alors, en abordant de plein pieds ces questions pourrait les éclairer sous un autre jour.

894. C'est ainsi qu'au contraire, **la responsabilité a tout à voir avec cette situation dont la compréhension dépend de l'acception d'une définition de l'affect attachée à la personne.** Car regarder la situation seulement sous son angle objectif ne permet d'abord pas d'en voir les aboutissants, et ensuite le droit déjà ne s'en contente pas puisqu'il introduit un élément de subjectivité à travers la volonté¹²³⁹. La difficulté vient de ce que, par cette attention accordée à la volonté, il se peut parfois que l'on croit voir l'affect. Or, l'affect est bien le seul qui soit, de par sa nature, capable d'inscrire véritablement une personne dans une situation. La volonté est plus complètement subjective que lui, mais il est vrai qu'elle est un objet du droit qu'il est habitué à cerner, et dont les manifestations visibles dans les conventions ou dans les intentions de nuire, sont certainement accessibles. Rien ne permet cependant d'en déduire que la volonté serait ainsi entièrement comprise par le droit, puisque

op. cit, p 44. Il est utile ici de préciser que ce n'est pas un hasard si Buber a influencé HUSSERL, lorsqu'il élaborait le concept d'une coexistence des intentionnalités, mais aussi justement SCHELER, ou encore JASPERS, qui a prêté justement particulière à la situation, ou HEIDEGGER, SARTRE, LACAN... Tous avaient lu BUBER et c'est ainsi à lui qu'il faut faire remonter les racines de tout un courant philosophique qui s'étend d'une certaine forme de l'existentialisme au personnalisme.

¹²³⁷ Maurice NEDONCELLE, op. cit. p. 26 et p. 27, notamment lorsqu'il souligne que « L'engagement crée un risque. Il s'ouvre sur un avenir incertain ».

¹²³⁸ Voir Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, Jacques Ghestin (dir.), 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 2008

¹²³⁹ Cf. *supra* sur les aspects de distinction de l'affect et de la volonté, p. 149.

ce sont bien seulement certaines de ses manifestations qui sont appréciées. Ainsi les oppositions dont on serait susceptible de grever l'affect s'appliquent-elles entièrement à la volonté. Mais encore, en observant que dans l'affect il y a place pour une véritable insertion de la personne dans le monde, il serait possible au contraire d'en tirer des lignes directrices particulièrement applicables dans la famille où les règles de droit ne peuvent s'appliquer comme entre deux étrangers ou partenaires économiques.

La situation néanmoins, parce qu'elle est alors une forme de liberté que le droit dit respecter sans pouvoir soumettre, peut sembler sous cette face soulever véritablement une difficulté relative à son incommensurabilité avec le système de la responsabilité. De la situation au système, il existe bien une différence de plan, qui peut toutefois être un guide si elle est d'abord admise pour telle.

895. Dans la famille la situation affective est donc définitivement incompressible avec la volonté, et ne peut être ainsi réduite pour fonder une responsabilité familiale cohérente (Sous-section I), et elle n'est pas non plus absorbable complètement dans un système de la responsabilité, quoiqu'elle doive exercer une influence sur lui lorsqu'il s'applique à ce champ personnel particulier (Sous-section II)

Sous-section I. AFFECT ET SITUATION PERSONNELLE AUX SOURCES DE LA RESPONSABILITE FAMILIALE

896. La personne s'engage dans une situation, et cela ne dépend pas de sa **volonté**. Dès lors qu'elle existe, elle se trouve en effet mise en situation, et prise dans une série de situations qui peuvent être créées par elle mais qui ensuite lui échappent un instant¹²⁴⁰. La vie familiale est l'un des types les plus forts de la situation humaine, présentant pratiquement le maximum de cette ambivalence de la situation qui est créée par chacun autant

¹²⁴⁰ « Toutes ces situations le [l'homme] situent lui-même, lui posent pour ainsi dire une question à laquelle il doit donner une réponse ; mais l'acte, provoqué par la situation, n'y est cependant pas contenu et la dépasse », Maurice NEDONCELLE, *ibidem*. Et il ajoute ensuite « Dès maintenant, nous pouvons constater une conséquence redoutable de tout engagement personnel : c'est qu'au plan de la pure objectivité, on ne sait pas bien ce qu'on fait, on ne peut même jamais, par hypothèse, le savoir. La part du risque est inéliminable, parce que s'engager c'est engager l'avenir et que l'avenir nous échappe encore ; mais plus radicalement encore, parce que c'est décider de tout soi-même avec un aspect de soi-même. (...) ». », p.48.

qu'elle le crée. Partant de là, la responsabilité qui s'applique aux rapports de famille doit, s'il a l'ambition de correspondre aux faits qu'il juge, cerner cet engagement particulier pour moduler ses décisions.

Il pourrait croire accomplie cette tâche difficile, lorsqu'il recherche la volonté de chacun des membres de la famille, ou au moins celles de la victime et du responsable, mais l'affect pourtant, en situation, dépasse le partage du voulu et du non-voulu (Paragraphe 1).

Il lui faudrait donc un autre « outil », qui soit plus propre à être une représentation de cette situation humaine accessible au droit et à la nécessité qui lui est faite de trancher. En visant notamment plus directement la situation affective et personnelle, que la volonté, une piste peut s'ouvrir pour au moins aborder plus frontalement la singularité de la responsabilité familiale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La responsabilité familiale au-delà du voulu et du non voulu

897. Il a été dit déjà que l'affect entretenait avec la volonté des relations qui pouvaient être ambivalentes, afin de démontrer qu'il n'existait pas d'incompatibilité entre ces deux termes¹²⁴¹. Mais il faut ajouter maintenant que s'il n'y a certes pas lieu d'interdire toute communication entre eux, ils sont biens pourtant relatifs à deux ordres différents. C'est celui de l'affect qui semble être le plus protecteur de la personne lorsqu'il s'agit d'engager une responsabilité familiale, tandis que la volonté serait réductrice. En effet, il est vrai qu'il est plus habituel en droit de considérer que la volonté est un objet possible, que l'on peut saisir, mais parce que la volonté dont il est question alors est bien toujours la volonté *manifestée*¹²⁴².

Cette volonté qui se manifeste, émane de celui qui la forme, et si elle est un consentement, est supposée autant que faire se peut être le résultat d'un mouvement seulement intérieur. De ce constat doivent être tirées deux remarques. La première est matérielle, et ne consiste qu'en l'idée que l'affect qui se manifeste, puisque ce n'est que lui

¹²⁴¹ Cf. *supra*. p. 49.

¹²⁴² Voir par exemple Françoise DREIFUSS-NETTER, « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction des liens familiaux », *Mélanges à la mémoire du professeur Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 263 à 288.

qui est de toute façon accessible au droit, n'est sans doute pas moins observable qu'une volonté qui se manifeste. La seconde remarque qui doit être formulée, plus substantielle, est la suivante : si la volonté a un sens unilatéral, en venant de l'homme alors conçu comme pratiquement isolé en droit, et en allant vers ce qu'elle veut, l'objet de cette volonté est toujours un objet, un « cela »¹²⁴³. Seul l'affect qui est pris dans un mouvement de va-et-vient, dans un élan et dans un retour, a la capacité de constituer deux personnes simultanément : celle dont il émane, et celle vers laquelle il se dirige. D'une certaine façon alors la volonté, sur laquelle peuvent se fonder des règles de droit effectivement, rendrait compte d'un homme isolé, alors que l'affect, qui s'exprime au moins dans la famille, permettrait d'accéder à une personne en lien avec le monde des autres, et donc de le situer, ce qui est un besoin du droit de la responsabilité.

898. Il s'agit non seulement de voir la personne au-delà de sa volonté autonome, et par opposition à une conception spiritualiste de l'homme, **mais encore dans une situation,** qui est éminemment concrète et dans laquelle il s'engage. A ce titre, l'affect a le mérite de permettre une compréhension relative de cette situation qui apparaît toujours dans la famille sous un jour complexe, parce qu'elle demeure toujours pour partie cachée, et pour partie mêlée de liens de réciprocités et de don, d'interdépendance et de liberté.

Or la responsabilité qui s'exerce dans la famille justement doit s'intéresser à la place de chacun en face de l'autre, afin de déterminer de quoi il doit répondre. Elle aurait donc tout à gagner à utiliser cet outil que peut être l'affect, et qui permet de déceler la situation de l'auteur face à la victime à qui son action aura été dommageable. Telle est peut-être bien la difficulté principale que doit surmonter le droit de la responsabilité lorsqu'il s'applique dans la famille, puisqu'il est alors la plupart du temps confronté à des comportements qui paraissent soit inexplicables au pénal¹²⁴⁴, soit d'une certaine façon trop explicables au civil¹²⁴⁵. Il apparaît bien que les actes illicites qui sont commis dans la famille brouillent apparemment les pistes de la responsabilité et de la culpabilité, dès lors que le coupable paraît agir relativement à un mobile qui est intrinsèque à la famille. En ce sens, et cela est sans doute propre aux rapports familiaux, ou en tout cas plus saillant ici qu'ailleurs, le responsable se

¹²⁴³ Selon le langage de Martin BUBER.

¹²⁴⁴ C'est le cas des crimes passionnel. Cf. *supra*. p.397.

¹²⁴⁵ Dont une illustration peut être trouvée dans le divorce aux torts partagés des époux par exemple, mais aussi finalement dans les hypothèses d'enrichissement sans cause, où cette balance s'opère aussi.

présente souvent comme étant lui aussi, sous un autre rapport, victime¹²⁴⁶. En observant de tels cas par le biais la volonté, on ne saurait en effet dégager certainement celle du responsable. Les fondements de sa responsabilité peuvent être vacillants. Mais observés plutôt par le biais de la situation affective, il devient possible de distinguer l'acte délictueux de ses mobiles intérieurs, et l'intention qui est regardée est celle qui est bien dirigée vers la personne qui est la victime.

En fin de comptes, l'attitude qui dans la famille donne lieu à l'engagement d'une responsabilité ne peut pas être complètement voulue ou non voulue, elle ne peut qu'être située sur une échelle qui va de l'un à l'autre, et qui s'inscrit dans une situation affective que développent les personnes.

899. La situation affective de son côté est marquée par une absence ou une présence, un manque ou un excès, pour lesquels il n'existerait pas de degrés. Si le comportement familial dommageable peut être plus ou moins voulue, et jamais sans doute purement voulue en tout cas, il n'y a pas en revanche de plus ou moins qui puissent tenir quant à l'affect qu'il manifeste. C'est ainsi que l'on passe dans la famille du pardon à l'impardonnable¹²⁴⁷, et de l'amour au désamour ou à la violence¹²⁴⁸, sans paraître passer par un degré intermédiaire. L'affect ne serait pas susceptible de gradation pour les personnes qui le vivent nécessairement entièrement.

Un spectateur impartial pourrait cependant introduire par son regard, non pas une appréciation quantitative et un classement des affects plus ou moins bons ou mauvais, mais une pondération qualitative. C'est à peu près ce que fait le juge en modulant la responsabilité à appliquer au regard d'une situation familiale donnée. La situation affective des personnes n'est ni entièrement objective ni entièrement subjective, mais a une originalité propre entre ces deux termes, qui peut convenir aux exigences du droit de la responsabilité, qui a ce pouvoir de modulation¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Il paraît important peut-être de signaler que si le coupable est aussi, en un sens, victime, il serait parfaitement abusif d'en tirer la conclusion selon laquelle la victime aurait de son côté une part de culpabilité. Cela relève d'une mécompréhension de la situation familiale justement, et cela ne peut être assimilé à l'idée d'une dynamique familiale qui « dysfonctionne » selon les termes de la psychologie.

¹²⁴⁷ Pour des exemples de situations de pardons en droit pénal dans la famille, voir Caroline GATTO, *Le pardon en Droit pénal*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2014, 496 p. mais on peut penser également ici aux immunités familiales. Cf. *supra*. p. 97.

¹²⁴⁸ Jacques MADAULE, « Amour et agressivité chez Dostoïevski », in *Amour et Violence*, Les études Carmélitaines, éditions Desclée de Brouwer, Paris, mai 1946, p. 52 à 71

¹²⁴⁹ En définissant le comportement illicite, en appréciant le dommage ou en aménageant la peine, et en étudiant la causalité.

900. Ainsi donc, la situation affective dans laquelle les membres de la famille existante sont, peut être appréciée dans son lien avec la personne. En ce cas, il est clair que cette situation n'est pas volontaire ou involontaire. Elle n'est pas non plus une intersubjectivité, *parce que les personnes qui sont faces à elle vivent bien dans un monde qui n'est pas constitué de leurs seules réciprocités comme sujets*¹²⁵⁰. De cette définition, s'en suivent des conséquences pour le droit de la responsabilité.

Paragraphe 2. La situation affective personnelle comme objet de la responsabilité familiale

901. La personne n'est pas dissoute dans le groupe familial, mais elle n'est pas réduite non plus à sa volonté ; telles sont les deux limites que le droit de la responsabilité doit respecter, et qui se découvrent mieux, ou s'expliquent mieux, en donnant sa place à l'élément affectif.

Des conséquences matérielles peuvent en être tirées, qui iraient dans le sens de la dénonciation de certains développements actuels de la responsabilité dans la famille. Ils sont relatifs surtout à un malentendu sur l'affect. En effet, les sentiments de chacun sont parfois présentés comme étant mieux respectés par le droit contemporain, qui pourtant ne voit que la volonté individuelle lorsqu'il croit regarder l'affect. De là l'idée que les membres de la famille seraient presque des agents prêts à s'entendre dans un contrat de réciprocité, qui engagerait alors certes la responsabilité, mais peut être¹²⁵¹ en masquant par là la disparition d'une certaine responsabilité morale, et en étant plus liberticide qu'il n'y paraît.

¹²⁵⁰ La réciprocité n'exclut pas en fait que soit considéré un monde qui n'est pas entièrement dans l'intersubjectivité, mais qui est « communicable » : « Boèce juge à bon droit que la créature raisonnable est indivisible ; pourquoi en a-t-on conclu qu'elle était incommunicable ? Sans doute la personne juridique est-elle incommunicable, comme sujet de droit ; mais le vocabulaire des juristes, qui a d'abord stimulé la pensée philosophique, l'a ensuite contaminée. Au point de vue psychologique, la personne ne se définit pas ainsi ; elle requiert même la définition opposée, elle est communicable, elle est seule à l'être. elle reçoit son originalité de son aptitude à connaître, à aimer et à être connue ou aimée », Maurice NEDONCELLE, *La réciprocité des consciences*, Paris, Philosophie de l'esprit, Aubier, éditions Montaigne, 1942, p. 48.

¹²⁵¹ Comme Zalewski l'a noté pour la gratuité. Vivien ZALEWSKI, *Famille, devoirs, et gratuité*, Condé-sur-Noireau, L'Harmattan, 2004, 452 p.

902. S'il faut critiquer la réduction de l'affect à la volonté, ce n'est pas seulement parce que c'est à partir de là que sont déduits des droits subjectifs de la responsabilité familiale, **c'est aussi parce qu'elle fonde l'essor peut-être trompeur de la contractualisation dans la famille.**

Il a en effet été relevé que le droit subjectif finit par impliquer qu'il existe un droit à l'amour, et que ce droit à l'amour dans la famille soit un droit exigible, alors qu'il faut très certainement plutôt l'entendre comme une obligation due à l'autre *déjà présent*, ou plus exactement encore une obligation de ne pas faire obstacle à l'affection de ceux qui sont des proches dans la famille¹²⁵².

Le mouvement de contractualisation de la famille qui a été relevé par plusieurs auteurs¹²⁵³, semble être concomitant de l'idée selon laquelle l'élément affectif serait davantage pris en compte aujourd'hui dans les rapports familiaux. Il découle peut-être au fond de la même interprétation que celle qui donne lieu à la découverte de droits subjectifs dans la famille. Or, il semble bien encore que la contractualisation dont on parle soit liée à l'emprise plus grande des volontés individuelles sur leur vie familiale, qu'elles peuvent pratiquement organiser au quotidien par le jeu de relations conventionnelles. Mais ces volontés individuelles ne sont pas l'élément affectif. D'ailleurs, l'effectivité de la contractualisation du droit de la famille a pu être contestée¹²⁵⁴, soit au fond parce qu'elle serait illégitime, soit en fait, parce que les latitudes laissées aux volontés propres des parties demeurent encadrées par un contrôle étatique.

903. Les critiques qui sont adressées à ce mouvement pourraient bien être effectivement révélatrices d'abord d'une spécificité profonde des engagements pris au sein de la famille, ensuite d'une résistance concrète des situations humaines face à la dématérialité à laquelle on croit lorsque l'on fait appel aux volontés. En croyant accorder par le contrat plus de latitude aux sentiments, le résultat pourrait n'être que la permission d'une volonté qui n'a

¹²⁵² Cf. *supra*. p. 473.

¹²⁵³ Dominique FENOUILLET et Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES (Dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, Paris, 2001, 327 p. ; Carine DUDIT, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse soutenue en 2009 à la faculté de droit et de science politique de Nantes, 553 p.

¹²⁵⁴ Par exemple par Jean-Jacques LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose, La diversité du droit*, Catherine PUIGELIER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p 729 à 750. L'auteur indique ainsi que : « Il est tentant de traduire ce mouvement général sous le terme de contractualisation. L'image est évocatrice. Mais elle ne paraît totalement exacte, surtout si l'on s'en rapporte à la définition classique du contrat. L'objet des conventions que l'on rencontre en droit de la famille est autrement plus large et plus diversifié que d'obliger une partie « à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». En outre, le cadre familial imprime à ces conventions une spécificité indéniable, tant e, ce qui concerne leur formation que pour ce qui est de leur exécution », p.745.

pas à respecter celui auquel elle s'adresse, et qui restreint l'affect en le privant de sa liberté essentielle. En croyant libérer, on enchaîne plus durement les liens de famille.

La question de savoir si la famille relève d'une organisation contractuelle ou si elle dépend toujours entièrement de l'ordre public se pose surtout lors de l'éventualité d'une responsabilité, et à l'heure où chacun veut « faire les comptes ». Dans cette mesure, l'on doit envisager le fait que cette fausse idée, selon laquelle c'est au nom du lien affectif qui existe entre les personnes, que l'on tend à privilégier de plus en plus une détermination de la volonté sur ce que peut être sa famille, et à favoriser ainsi un pluralisme des modalités de vie familiale aussi variées qu'il existe de personnes humaines, masque une autre vérité de la relation. Concrètement, en percevant les rapports familiaux sous l'angle de la volonté, il devient impossible de les comprendre justement comme rapport, puisque la volonté ne suppose pas le retour à la personne qu'implique l'affect. La responsabilité qui s'y attachera alors sera naturellement portée à voir un droit d'appartenance de tel ou tel membre de la famille, et à se laisser bien vite alors prendre dans d'impossibles conflits d'intérêts¹²⁵⁵, puisque l'un ne peut être supérieur à l'autre.

Une telle balance entre les droits des personnes qui sont responsables et victimes dans la famille n'est pas possible. La question est mal posée. Seul l'affect considéré comme une relation qui va d'une personne à l'autre et qui revient dans un mouvement essentiel peut offrir une façon de saisir les conflits familiaux sans en faire des conflits d'intérêts que l'on ne saurait résoudre.

904. Il est possible ici de développer un exemple concret. **La façon dont ce qui est affectif a été happé par ce qui relève de la volonté, voire même du désir, est particulièrement bien montrée par ce qui advient en matière de filiation.** Il faudrait constater que la responsabilité a un rôle ambiguë ici, puisqu'en faisant son entrée dans ces rapports humains, et en les façonnant de sa logique rétributiviste, elle les prive de leur gratuité originelle, la filiation est très marquée par l'idée que l'enfant n'est plus un don avant d'être l'objet d'un désir¹²⁵⁶. D'une certaine manière, en comprenant l'élément affectif dans la

¹²⁵⁵ Droits de la mère contre droits de l'enfant, droits du père contre droits de la mère, droits de l'enfant contre droits du couple, et en fin de compte peut-être droits de l'homme contre droits de la femme.

¹²⁵⁶ C'est ce que relève notamment Dominique FOLSCHEID, dans sa contribution « Autour de l'affaire Perruche. Diversité des approches, unité des points de vue », aux *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose, La diversité du droit*, Catherine PUIGELIER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p.477 à 492. Le nihilisme dont l'auteur dénonce l'acuité dans notre société aura eu pour effet de remplacer l'être par le désir : « En éliminant la dimension ontologique de la personne humaine et des valeurs morales, on déplace le point d'encrage à partir duquel se fondent toutes nos évaluations. De la primauté accordée à l'être, on est passé à celle du *désir* (sic.). Car

volonté ou dans le désir, l'enfant devient comme plus aimé s'il est plus voulu ou désiré. Une gradation est introduite là où il ne pourrait pas en exister dans la situation. L'on pourrait certes relever que les catégories du droit ont pour habitude de se superposer à un « réel », qui n'est pas censé exprimer de lui-même ces catégories. Elles sont de toute façon une fiction destinée à permettre l'application du droit par le jeu de la qualification¹²⁵⁷. Mais les catégories du droit ne sont efficaces que si elles s'opposent à des champs qui peuvent être dans les faits au moins distingués les uns des autres par des critères. Or, l'affect justement n'est pas, dans les faits, apte à se prêter à des graduations issues de la volonté.

L'étude des formes d'engagement de la responsabilité des parents, ou de l'un d'eux seulement à l'égard de l'enfant dans leurs rapports de filiation a bien montré que si un dédommagement pouvait être demandé à celui qui est le géniteur, la responsabilité de celui qui n'a pas désiré l'enfant, et qui n'a pas non plus désiré son rôle paternel, ne pouvait être engagée qu'à titre très exceptionnel, et lorsque particulièrement l'enfant avait déjà pu commencer de voir en cet homme un parent¹²⁵⁸. Si le désir d'enfant prime aussi dans l'engagement que symbolise la responsabilité à l'endroit d'un enfant, on comprend aussi, plus fondamentalement que la loi prohibe l'établissement d'une quelconque responsabilité du tiers donneur à une procréation médicalement assistée.

905. Tout ceci renvoi bien au fond à l'idée que l'enfant, s'il est dès sa naissance en principe un personne juridique, n'est peut-être pas si assuré qu'il en a l'air dans cette position. L'enfant qui n'est pas désiré et qui peut déjà être éliminé *in utero*, ne doit pas, une fois né, chercher l'engagement de celui de ses parents qui ne l'est que par accident. C'est bien ce que dit le droit de la responsabilité lorsqu'il proclame par exemple que l'établissement d'une filiation ne peut dépendre que de l'appréciation discrétionnaire de son auteur. Parce que l'affect devient ici un attribut du désir, on estime que celui qui n'a pas voulu l'enfant ne l'aimera pas, et qu'en matière de liens filiaux, rien ne serait pire que de « forcer » la rencontre. Or, si l'on croit que le principe fonctionne ainsi, les faits paraissent opposer une

c'est à lui, au bout du compte, qu'on se réfère dans tous les cas. Cela commence avec le désir d'enfant, puisqu'il est entendu que tout enfant doit être objet de désir. L'enfant n'est plus reçu comme un don, qu'il ait été voulu ou pas, il fait et même *doit* faire l'objet d'un désir », p.491.

¹²⁵⁷ Thomas JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 745 p.

¹²⁵⁸ Cf. *supra*. Par la volonté il est donc possible d'atteindre un peu de la définition réaliste de l'affect par la voie de la connaissance ou de la reconnaissance, mais il est impossible de passer de là à la présence sans passer par la définition personnaliste de l'affect.

certaine résistance lorsqu'en jurisprudence la responsabilité ne dépend pas tout compte fait de la seule volonté exprimée de l'ascendant¹²⁵⁹.

906. De ces cas se dégage une conception de la violence affective qui peut être commise sur une personne¹²⁶⁰. Cette violence peut provenir du droit lui-même s'il ignore son objet spécifique dans la famille. Plusieurs éléments utiles peuvent être tirés de l'analyse qu'avait formulée Fichte de la violence. Selon Fichte, faire violence, c'est ne pas laisser l'autre libre de ne pas accepter l'influence de l'affection que l'on nourrit pour lui. Dans son *Fondement du droit naturel*, il expose en effet que l'affection résulte d'une part d'une reconstruction de l'affection qui fait suite à la suppression de la suppression consciente qui lui faisait barrière, et d'autre part d'une certaine « passivité », d'un vide que le moi fait pour laisser place à l'affection. Ainsi, celui qui impose à l'autre son affection, sans le laisser libre et conscient de s'y abandonner, lui fait violence. Il y a très certainement un lien à faire entre cet aspect de la philosophie de Fichte et l'ensemble des violences qui se produisent dans le cadre des familles dites « dysfonctionnelles »¹²⁶¹.

Bien que dans la pensée du philosophe allemand, la référence à l'affect ne soit pas liée à la personne, elle permet tout de même d'approcher un aspect de la situation affective dans la famille. Finalement la violence est au fond une négation du « Tu », et donc nécessairement du « Je »¹²⁶²; *elle est une négation de l'altérité*.

907. Si la référence à la solidarité familiale revenait ainsi d'une certaine façon à faire comme si la famille était une à partir de plusieurs¹²⁶³, **la référence à l'altérité revient de son côté à faire comme si l'affect était ce par quoi l'altérité de l'autre personne devenait familière à chacun.** Comme si on pouvait dans les altérités de chacun, retrouver une universalité à laquelle participerait chaque singularité. Cette altérité est d'ailleurs une nécessité de la responsabilité. L'altérité de la personne que l'on aime dans sa famille, mais en

¹²⁵⁹ Pour les critères, cf. *supra*. p. 177.

¹²⁶⁰ Jean CLAM, « Qu'est-ce que faire violence ? Intersubjectivité, corporéité et violabilité de la personne dans le *Fondement du droit naturel* (1796) de Fichte », in *A.P.D, Droit et esthétique*, Tome 40, 1995, p.348 à 389. « Si la réserve est rendue impossible par le fait que l'autre agit sur moi comme sur de la matière sans voir en moi un sens, l'organe inférieur [celui qui assure une certaine passivité, une ouverture du moi à l'autre] est violé alors que le supérieur [celui qui re-présente l'affection, la reconstruit, tout en étant inébranlable] reste, lui, inaffecté, en même temps qu'impuissant », p. 381.

¹²⁶¹ Mais dans le cas le moins évident de la non reconnaissance d'enfant, la violence existe aussi, si le père impose une non-affection, et si le droit la laisse être.

¹²⁶² « Je m'accomplis au contact du Tu, je deviens Je en disant Tu », posait BUBER, op. cit. p. 44.

¹²⁶³ Cf. *supra*. p. 527.

ce sens alors comme altérité idéal typique de tout autre en société, est une notion avec laquelle le droit se doit de composer.

908. C'est ici que la justice rejoint la charité¹²⁶⁴. L'altérité radicale de l'autre est une condition de la responsabilité juridique. Définir un élément affectif, c'est bien concevoir un lien entre identité et altérité, et donc concevoir la normativité de ce lien.

Mais si l'on s'arrête là, par définition l'altérité est autre que la conscience d'un « soi » et ne peut donc jamais être source d'une connaissance ontologique ou axiologique directe. On peut à la rigueur dire soit que c'est une forme expérimentale de connaissance, ce qui impliquerait que l'on teste par l'expérience ce qu'il est juste de faire à l'autre ou pas, ce qui est parfaitement erroné lorsque est observée la « réalité » des relations humaines. Soit on dit qu'une connaissance par analogie est possible, ce qui signifie que l'on ne sait ce que l'autre veut que par comparaison à ce que l'on veut soi-même, ce qui peut être moralement vrai¹²⁶⁵.

La référence à la valeur personnelle de la situation affective est donc une nécessité, car elle permet de dépasser ces conceptions inadaptées, au moins au droit de la responsabilité qui s'applique dans la famille. L'affect est un élément qui permettrait d'admettre une connaissance de l'autre non purement expérimentale et non purement analogique, mais reposant sur l'affect. L'autre est un autre qui n'est pas moi, mais que j'aime pour son altérité. L'amour n'a dans cette perspective rien à voir avec les réductions de l'amour propre. On peut alors admettre une valeur de ce qui est juste relative à ce que l'autre peut vouloir comme moi, mais aussi à ce que l'autre veut contrairement à moi. Il acquiert ainsi une place entière et elle justifie la responsabilité à son égard.

909. Ces points de contact nécessaires entre l'affect entendu comme dépendant de la personne, et la responsabilité, qui s'applique dans la famille en ayant forcément à être perturbée et régulée par le poids de cet affect qui crée une situation, ne doivent pas pour autant conduire à une confusion des deux ordres. Leur communication elle-même exige

¹²⁶⁴ Hannah ARENDT, *Le concept d'amour chez saint Augustin*, Anne-Sophie Astrup (trad.), Editions Payot et Rivages, 1999, Paris, 183 p.

¹²⁶⁵ C'est le principe selon lequel la morale commanderait de ne pas infliger à autrui ce que l'on ne voudrait pas pour soi-même. Il serait impossible de vouloir ce qu'un autre ne voudrait pas. Cela semble quelque peu simpliste, et il est des cas de responsabilité pour prouver que l'on peut, dans la famille plus qu'ailleurs peut-être, vouloir sincèrement ce qui blesse autrui. L'autre peut avoir des projets ou des justifications qui sont hors de portée de notre connaissance par analogie. C'est cette conception d'ailleurs qui est remise en cause par SCHELER.

qu'une telle distinction soit maintenue, et que l'affect demeure une situation toujours ouverte et la responsabilité un système stable qui qualifie dans l'après.

Sous-section II. DISTINCTION DE LA SITUATION AFFECTIVE ET DU SYSTEME DE LA RESPONSABILITE

910. Par la référence indispensable à la personne, il est possible de regarder les liens familiaux comme une situation affective. Le droit de la responsabilité, s'il ne peut embrasser entièrement cette situation qui dépasse certainement de beaucoup ses enjeux, est en mesure de la cerner et d'appliquer ses règles dans le respect de ce qu'elle implique. Ce dialogue des deux domaines de l'affect et de la responsabilité suppose bien que leurs sphères soient distinctes. Elles le sont en vertu d'une différence essentielle que la notion de situation peut aussi éclairer : si l'affect se manifeste dans une situation, la responsabilité se constitue en vertu d'un système, c'est-à-dire d'un ensemble d'éléments dépendants les uns des autres dont les rapports répondent à une organisation qui peut être immuable, mais qui est en tout cas prévisible¹²⁶⁶. Le système est logique, au sens où il peut être déterminé et reconstruit de façon abstraite à partir de son principe.

911. La situation ne paraît pas devoir permettre de telles abstractions et suppose au contraire une liberté radicale et actuelle. Il y aurait en effet un contresens à vouloir faire de la situation un ensemble qui soit prévisible *a priori*, et qui puisse découler d'un principe abstrait, voire unique. La situation peut bien en un sens être organisée, mais cette organisation repose sur la personne qui la vit, et ne peut pas être reconstituée du dehors. Elle peut en revanche être observée pour telle. Le regard du spectateur impartial, qu'est le juge notamment, est forcément extérieur à la situation qu'il évalue¹²⁶⁷, mais il peut, et doit, en cela même partager les responsabilités. La sympathie dont parlait Scheler après Smith est ici

¹²⁶⁶ On peut penser à la définition que donne Etienne Bonnot de CONDILLAC, *Traité des systèmes*, Paris, Fayard, 1991, [1798], 267 p. « Un système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières », I, p.121.

¹²⁶⁷ Jean-Marc TRIGEAUD, « Sympathie et responsabilité pénale : l'inspiration smithienne », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Larguier, Droit pénal, Procédure pénale*, Grenoble, P.U.G, 1993, p. 329 à 356.

très clairement mise en œuvre, puisque alors la situation, qui ne peut jamais être comprise de l'intérieur, par un spectateur, puisque la place qu'y prend chaque personne est parfaitement irréductible à une autre, suppose que ce spectateur reste à sa place, tout en comprenant celle des autres, qui sont autres.

912. En distinguant alors la situation et le système, il est possible d'éclairer les limites de la responsabilité de la famille autant peut-être du même coup que le sens directeur. La situation renvoie à une liberté fondamentale de la personne¹²⁶⁸, alors que le système peut poser sa responsabilité s'il est respectueux d'abord de cette liberté (Paragraphe 1). De la relation de complémentarité qui se dégage alors de ces deux ordres dans la famille naît non seulement une compréhension de la responsabilité familiale, mais peut-être une compréhension de certains développements plausibles de la responsabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. *Liberté de la situation et système de responsabilité*

913. La situation suppose une liberté, parce qu'elle ne peut exister que dans le présent. Dans la situation familiale, les personnes peuvent communiquer, c'est-à-dire être chacun en face de l'autre, que cette communication soit apaisée ou au contraire dérégulée ou violente. La responsabilité qui est mise en œuvre en droit, et qui doit s'appliquer à une telle situation, n'est pas dans le présent. Elle suppose toujours que l'événement illicite ait déjà eu lieu, et il ne peut que comprendre la participation de chacun des membres de la famille à cet événement¹²⁶⁹. Cette participation pourrait suffire néanmoins à son office, dès lors que le droit

¹²⁶⁸ Poussée à l'extrême, cette relation de la liberté et de la situation a été le cheval de bataille du mouvement situationniste, qui a suivi le mouvement surréaliste, et dont l'un des auteurs les plus emblématiques fût Guy DEBORD, avec son ouvrage *La société du spectacle* parut en 1967. Dans les théories situationnistes, le spectacle est aussi une forme de système, il est une représentation permanente, qui irait contre la liberté des personnes, qui était alors conçue sous son jour immédiat.

¹²⁶⁹ « L'être de la participation est un acte. Mais cet acte est en quelque sorte stérile dès qu'il est posé ; il est incapable de produire une nouveauté réelle ; il se borne à accomplir la combinaison du donné avec lui-même selon un type déterminé, qui est la règle de son jeu. Participer, c'est entrer dans un système de correspondance et dans un arrangement dialectique », Maurice NEDONCELLE, *La réciprocité des consciences*, Paris, Philosophie de l'esprit, Aubier, éditions Montaigne, 1942, p. 31.

de la responsabilité sais qu'en distribuant les degrés de la participation il ne comprend qu'un aspect de la situation personnelle affective vécue.

La communication n'est pas la participation¹²⁷⁰, et il n'y a que la participation qui soit en fait accessible au droit s'il *encadre*, tandis qu'il peut saisir des aspects de la communication lorsqu'il *protège*.

Loin d'être une évidence, les assimilations et les réductions auxquelles cette situation est exposée en permanence paraissent être, si ce n'est la source, au moins l'une des raisons, de certaines difficultés auxquelles est confronté aujourd'hui le droit de la responsabilité qui veut s'exercer dans la famille.

914. Il s'ensuit que la responsabilité est vraiment alors un négatif de ce qu'est la liberté pour la personne en positif. La liberté est dans la situation, qui peut toujours donner lieu à des actes nouveaux, tandis que la responsabilité est dans un système où les éléments interviennent chacun pour la part qui ne peut leur être attribuée qu'*a posteriori*. Le droit ne s'y trompe pas en fait, puisqu'il postule toujours la liberté, ce qui signifie bien que c'est elle qui est première. Mais dans la famille, les repères se trouvent quelque peu bouleversés, en ce que l'intervention de la responsabilité peut parfois se fonder sur des éléments secondaires, qui ne relèvent plus alors de la liberté, mais de certaines de ses manifestations¹²⁷¹. Parce que les liens familiaux semblent se présenter comme des liens inconnaissables, les réductions y sont peut-être plus rapides qu'ailleurs, et parce que la famille est pourtant une source assez étendue de conflits, actuels ou potentiels, qui nécessitent l'intervention du droit, il se trouve que le risque de malentendu est augmenté dans ce cadre.

Ainsi se boucle la logique du raisonnement qui voudrait démontrer l'incompatibilité de la responsabilité et de l'affection. S'il avait pu être démontré que cette incompatibilité était fausse¹²⁷², il n'en demeure pas moins que lorsqu'elle est invoquée, elle l'est justement au motif que les rapports affectifs qui se forment dans la famille sont inaccessibles. Sous couvert de respect pour cette forme alors, se trouve légitimé le choix de regarder plutôt la volonté par

¹²⁷⁰ NEDONCELLE oppose la communion à la participation, et non pas la communication. Ce qu'il en dit toutefois pourrait correspondre à l'idée ici présentée : « Le moi qu'on oppose au non-moi est un concept ; il est objectif et représente le vrai sujet sans le présenter. C'est un cadre théorique qui porte l'empreinte de la nature. Mais le moi qui se rapporte à un *alter*, le *je* intentionnel, n'est pas un concept, c'est un sujet pur et il ne s'oppose pas à un *alter* comme le ferait un concept. », *Idem*, p. 44-45.

¹²⁷¹ Tel est le cas dans l'assimilation la plus fâcheuse, qui est celle de la réduction de l'affect à la volonté.

¹²⁷² Cf. *supra* le premier chapitre de cette thèse.

exemple. De cette façon la conséquence que l'on croit tirer de l'affect n'est que celle de la restriction qui lui est imposée justement par l'idée d'incompatibilité.

915. La situation affective dans la famille n'est pas en inconnaissable, elle n'est qu'inassimilable aux moyens propres du droit, qui suppose l'édification d'un système. S'il s'agit d'édicter de nouvelles lois, la difficulté est majeure, car cela suppose que soit déterminée un cadre, à l'intérieur duquel pourtant la situation personnelle aura la possibilité de s'épanouir. Ce cadre, on le comprend, doit alors être plutôt minimal¹²⁷³. Mais, s'il s'agit d'engager plus largement une responsabilité, civile ou pénale, le système n'a peut-être pas besoin d'un cadre, dans la mesure où il peut être constitué par quelques interdits dont les transgressions peuvent appeler des sanctions toujours aménageables. Le rôle de la jurisprudence doit sans doute en ces situations affectives demeurer essentiel¹²⁷⁴. Le droit de la responsabilité est ainsi spécifiquement adapté à la protection qu'appelle la liberté des personnes à s'aimer. C'est l'instrument juridique le plus capable d'exercer cette fonction, bien plus que d'éventuels nouveaux droits¹²⁷⁵.

916. La situation, parce qu'elle est celle d'une personne dans un monde où elle est libre, est ainsi à la fois le point de fuite obligé du droit de la responsabilité qui touche à des rapports aussi éminemment personnels que ceux qui se jouent dans la famille, et sa limite, puisque cette dernière ne peut que l'observer et le respecter sans pouvoir entièrement l'encadrer, sous peine de le réduire. À partir de là, il est possible de s'interroger sur l'élargissement de ce constat, dans la mesure où l'homme n'est pas en situation seulement dans sa famille.

¹²⁷³ Cela ne signifie pas qu'un droit de la famille n'est pas légitime ou contestable au fond, mais simplement qu'il doit sans doute veiller ici à être parcimonieux. Voir Henri BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *APD*, Tome 20, 1975, p. 7 à 15.

¹²⁷⁴ Pour un exposé du lien entre jurisprudence et élément passionnel, voir *supra*.

¹²⁷⁵ Qu'ils soient d'ailleurs subjectifs ou bien qu'une création dans le droit objectif se fasse. S'il est bien quelques perfectionnements législatifs qui pourraient s'opérer, ils demeurent exceptionnels quantitativement et qualitativement.

Paragraphe 2. Applications prospectives de la situation affective

917. La situation d'une personne se joue dans la famille, mais pas uniquement.

La question se pose véritablement de savoir si de mêmes raisonnements pourraient être éventuellement appliqués à une autre communauté humaine, ou même à l'environnement. Au risque alors de faire basculer au dernier instant l'hypothèse d'une originalité du droit de la responsabilité dans la famille, il faut étudier cette piste, à laquelle conduit plutôt l'originalité de l'affect.

En effet, la situation affective est, comme cela a été posé, une façon d'être dans le monde. L'affect est essentiellement un contact avec le monde, une manière de sentir son obstacle et de le surmonter¹²⁷⁶.

918. Par le contact que l'affect permet avec le monde, il est une condition de la connaissance, et n'est donc pas une fonction qui puisse être dissociée de l'exercice de la raison¹²⁷⁷. Il est un élément de l'« esprit », comme le dirait Scheler, ce qui signifie qu'il est une ouverture au monde, et une capacité à accéder ou à refuser les sollicitations de la vie¹²⁷⁸. Il est en tout cas un engagement complet de la personne, qui ainsi se risque à répondre à ces sollicitations, d'une façon ou d'une autre. La liberté est attachée à cette situation, qui fait la personne responsable en même temps. A ce titre donc, l'affect n'est pas nécessairement limité aux relations entre personnes, quoiqu'il y trouve certainement sa forme la plus complète.

La situation pourrait ainsi être parfaitement créée à partir d'une personne seulement. Ce point n'est pas négligeable parce que s'il fallait tout au long de ce travail, bien montrer que l'affect était le seul à permettre la compréhension d'une relation entre personnes, telle que l'est la relation familiale, cela ne doit ainsi pas entraîner la déduction d'une impossibilité pour l'affect de permettre aussi la compréhension d'une situation impliquant une personne et des

¹²⁷⁶ C'est l'obstacle au sens de Louis Lavelle ou de Gaston Bachelard, notamment dans « De la nature du rationalisme », Bulletin de la Société Française de Philosophie, 1950, n°2.

¹²⁷⁷ Cf. *supra*. p. 62.

¹²⁷⁸ « L'esprit est donc objectivité ; il est l'aptitude à être déterminé par « l'être-tel » des choses mêmes et à y répondre », Max SCHELER, *La situation de l'homme dans le monde*, Paris, Aubier, éditions Montaigne, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], 1951, p. 54. L'auteur poursuit : « L'homme est donc l'x qui peut, sans limites aucunes, se comporter comme un être « ouvert au monde ». L'animal, lui, n'a pas d'objets ; il vit seulement plongé extatiquement dans son milieu (...) », p. 56. Et encore, plus loin : « L'homme est « l'être qui peut dire non » (...) », p. 72.

choses. Et d'ailleurs en un certain sens, on peut se demander si dans la pensée de Buber, un rapport « Je-Tu » ne pourrait pas être conçu entre une personne et une chose, puisqu'en tout cas il pose nettement la possibilité d'un rapport « Je-Cela » entre deux personnes, quoiqu'elles y perdent alors un peu de leur intégrité¹²⁷⁹. C'est en somme ce qu'exprime Robert Lenoble, dans un article consacré à l'étude du contact affectif, et pour lequel il semble aussi qu'un tel contact ne nécessite pas forcément que soient mises en présence deux personnes¹²⁸⁰.

L'application du critère de l'affect à la famille est sans doute ainsi bien archétypique, ou peut-être même plus accomplie et riche d'enjeux immédiats, mais elle n'est pas une limite absolue.

919. En droit prospectif, la situation qui paraît pouvoir être la plus proche de ce qui advient dans la famille pourrait être un rapport de type affectif à une communauté ou plus généralement encore à l'environnement. La communauté ne pourrait être que la communauté des hommes¹²⁸¹, et elle ferait ainsi de tout rapport entre personnes un rapport affectif. L'environnement est bien une préoccupation actuelle du droit de la responsabilité, qui se présente notamment à la lumière du risque¹²⁸². L'affect serait, dans ce dernier cas surtout, capable d'expliquer que la responsabilité ne puisse pas non plus s'exercer en matière environnementale en y égalisant tous les rapports et en introduisant alors un conflit d'intérêts insolubles, ou bien en supprimant la possibilité de la responsabilité par l'inexistence d'un intérêt direct auquel répondre des dommages causés.

La question se poserait certainement différemment sous une visée affective, permettant de saisir la relation et non pas seulement les extrémités de cette relation que sont chacun des protagonistes de cette responsabilité. La responsabilité en ce sens n'a pas à être proprement partagée entre différents acteurs, elle peut être assumée par tous, même sans

¹²⁷⁹ Martin BUBER, op. cit.

¹²⁸⁰ Robert LENOBLE, « Le rôle du contact affectif dans la connaissance rationnelle », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, p. 101 à 120. Il indique notamment ceci de très édifiant pour la recherche qui est ici menée : « En parlant de contact « affectif », on ne retourne pas au vocabulaire usuel, qui identifie affectivité et sentimentalité irrationnelle ; il s'agit, en fait, d'une ouverture à l'être, d'une acception heureuse du réel, dont l'expérience seule montre qu'elle est liée, en fait, à une mise en ordre de l'affectivité. On sera ainsi conduit à se demander si l'attitude affective, au lieu de jouer seulement le rôle de trouble-fête, n'intervient pas dans certains cas d'une manière utile dans la structure d'un rationnel mieux défini. », p. 102.

¹²⁸¹ Puisqu'il ne peut être question de communautarisme ou de « communalisme » à l'indienne.

¹²⁸² Voir par exemple Raphael ROMI, *Doit de l'environnement*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J, 614 p. ; Philippe MALINGREY, *Introduction au droit de l'environnement*, Paris, Lavoisier, 2008, 335 p. ; et pour une étude spécifique en philosophie du droit Alexandre ZABALZA, *La terre et le droit : du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 2007, 441 p.

passer par l'idée d'une garantie ou d'un risque. C'est bien une forme de responsabilité plus morale qui passerait alors en droit.

920. Mais dans ces conditions alors qu'en est-il de l'originalité de la responsabilité familiale ? Si la situation affective pourrait aussi bien expliquer des responsabilités telles que celles qui sont imaginées en matière environnementale, elle n'est plus propre à la famille et pourrait dissoudre ainsi l'idée d'une spécificité de la responsabilité familiale. Il n'en est rien pourtant, parce que l'affect en tant qu'élément isolable pesant sur l'engagement d'une responsabilité en droit peut s'appliquer à différentes situations sans les assimiler les unes aux autres. Ce n'est pas l'existence d'une situation affective qui est propre à la famille, c'est l'existence d'un affect familial, qui est éminemment personnel. Dans l'affect qui pourrait s'observer dans une situation environnemental, il serait impossible de retrouver l'immédiateté de rapports que seul l'amour permet.

Car enfin l'affect dans la famille est bien un lien qui a vocation à manifester un amour, qui vise une personne, une présence, et l'affect ne peut ailleurs avoir la même puissance créatrice. La responsabilité dans la famille a donc ceci de tout à fait spécifique qu'elle doit procéder là où les liens humains sont les plus libres et les plus terribles en même temps.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

921. Seul l'élément affectif permet de considérer la personne dans le rapport juridique familial. La jurisprudence qui a été étudiée tout au long de ce travail est très révélatrice des ambivalences qui existent actuellement autour de lui :

Soit on croit le reconnaître et on l'enferme dans une volonté « individuellement » comprise qui ne permet ni d'établir une normativité du droit de la responsabilité, ni finalement de faire appliquer la justice dans des situations humaines qui sont concrètes et bien éloignées de l'abstraction dont on les rapproche inmanquablement en se fixant sur une volonté elle-même à la rigueur vide de contenu.

Soit on ignore que c'est de l'élément affectif que l'on se sert en rendant telle décision au regard de la situation particulière de l'espèce, et alors il manque l'élaboration d'un cadre théorique aussi net que possible, apte à permettre un minimum de sécurité juridique, même dans ces circonstances extraordinaires.

922. La question de la distinction de la volonté et de l'affect est donc d'une importance prioritaire pour la responsabilité familiale, dans la mesure où la perception de son contenu concret est une condition de la justice, et où l'appréhension de l'affection comme concept est une condition de la bonne application du droit. c'est cette distinction qui permet de comprendre ensuite ce que peut être une situation affective, alors que la situation est l'expression justement de la liberté qu'elle implique, et à laquelle la responsabilité doit de pouvoir fonctionner. L'être familial, qui existe dans le « nous » ne fait pas disparaître, comme s'il les avait dévorés chacun de ceux qui sont la famille, mais il est au contraire seulement un moyen à leur service.

CONCLUSION DU TITRE II

923. L'élément affectif est un élément isolable qui peut imposer à la responsabilité qui s'exerce dans la famille certaines inflexions. Il peut ainsi jouer un rôle régulateur, en ordonnant les moyens de la responsabilité à une fin humaine, qui se décompose d'une part en un « réel » et d'autre part en un élément « personnel ». Parce que les liens de famille sont les plus étroits que chacun puisse tisser, pour son bonheur ou pour son malheur, ils deviennent des liens de liberté ou au contraire des ligatures¹²⁸³. La responsabilité, qui est un lien également mais se dessinant dans un second temps toujours postérieur dans la famille au temps de la relation immédiate des personnes, ne peut intervenir à bon escient dans ce champ qu'en respectant à la fois l'affect en un sens réaliste, et l'affect en un sens personnaliste.

924. Par cette double définition de l'affect, qui correspond à deux plans d'influence, il serait possible de déterminer plus consciemment les orientations du droit de la responsabilité dans la famille. Sur un plan technique de moyens à employer, la définition réaliste de l'affect montre que la responsabilité en elle-même est plus adaptée à la protection de ce rapport particulier qu'est le rapport familial, que notamment l'emploi de droits subjectifs, que ceux-ci soient considérés comme devant appartenir au groupe familial ou bien à chacun de ses membres. Sur un plan plutôt axiologique, la définition personnaliste de l'affect montre que la responsabilité doit s'engager dans le respect des personnes et de leur liberté radicale.

¹²⁸³ Le « Familles, je vous hais ! Foyers clos ; portes refermées, possessions jalouses... » de Gide en montre bien le potentiel oppresseur. Le pluriel montre peut-être d'ailleurs aussi que la famille qui étouffe c'est la famille qui « globalise » des liens qui devraient rester personnels.

Conclusion de la Seconde Partie

925. L'affect, dès lors qu'il est un élément isolable, est perturbateur de la responsabilité familiale en ce sens qu'il est capable de peser sur elle. lorsqu'il est lui-même dérégulé, l'élément affectif qui est alors un mobile de la violence familiale ou même du crime, dérègle également les indicateurs de la responsabilité. ce sont alors les définitions même auxquelles elle est habituée qui sont atteintes : dans l'inceste, la violence acquiert un sens propre ; dans les maltraitances, la place des témoins familiaux est ambivalente ; dans le crime passionnel, la culpabilité du délinquant est interrogée sur le plan de sa liberté. Dans les aveuglements et la démesure que provoque l'affection alors, la responsabilité est en tout cas modulée, sans qu'il semble toujours évident de dire si elle doit être aggravée ou bien au contraire diminuée. C'est afin de tenter une compréhension de ces modulations qu'il a été ainsi nécessaire de chercher à saisir le sens de cet affect troublé.

Car dès lors qu'il est éclairé, même partiellement, l'élément affectif peut être la source d'une nouvelle régulation. A condition d'abord d'avoir admis qu'il était perturbateur, et d'être en mesure ensuite de dégager certains de ses aspects, l'affect qui est présent dans la famille, permet d'expliquer certaines des difficultés qu'y rencontre la responsabilité, ou bien en tout cas de poser différemment des questions qui tournaient sans lui au paradoxe. Et même au-delà du cercle familial, l'affect peut avoir une certaine valeur explicative pour des responsabilités dont on ne sait pas encore si elles devraient reposer sur un risque, et qui semble toujours comporter un aspect futur¹²⁸⁴, telle que la responsabilité environnementale.

926. L'affect est un élément concret et dynamique, qui est attaché à la personne et à sa situation dans le monde. La responsabilité, comme principe et comme système découlant de ce principe a bien une nature différente de lui, mais doit pourtant dans la famille

¹²⁸⁴ Voir par exemple Jean-Paul MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Paris, Dalloz, 2012, 330 p.

Seconde Partie-Conclusion

trouver des voies de communication avec lui. Ce sont ces voies de communications qui ont été dégagées.

CONCLUSION GENERALE

927. Le titre qu'avait donné le Doyen René Savatier à son ouvrage, « Le droit, l'amour, la liberté »¹²⁸⁵, n'était pas la concomitance accidentelle de trois termes qui ne seraient autrement jamais appelés à se rencontrer ; il était au contraire **parfaitement révélateur d'un lien profond. La justice et l'amour sont d'ailleurs toujours associés¹²⁸⁶, non pas idéalement et seulement dans la pensée d'auteurs que l'on pourrait aujourd'hui bien vite juger dépassés ou même « naïfs »¹²⁸⁷, mais en vertu d'un constat qui s'opère concrètement. Il n'y a nulle naïveté dans la question de l'amour qui est au contraire l'une des plus délicates qui soit. Etant fondamentalement liée à celle de la liberté, la responsabilité se trouve ainsi elle aussi touchée par une telle interrogation.**

Enfin, en se limitant à l'étude de la responsabilité, plutôt que de la liberté, et de l'affect, plutôt que de l'amour, le projet qui a été mené relevait d'une ambition plus modeste. Les contraintes néanmoins n'étaient pas minces, puisqu'il s'agissait de révéler un objet du droit qu'il ignore, ou plus exactement qu'il utilise déjà, « par la force des choses », et notamment en jurisprudence, mais qu'il ne sait pas toujours utiliser. La cohérence paraissait ainsi imposer que l'on ne puisse déterminer vraiment le sens de l'engagement affectif que dans un dernier mouvement, et après avoir d'abord parcouru ce chemin qui progresse de l'affect mêlé aux fondements de la responsabilité familiale à l'affect qui s'en détache pour la perturber.

928. Le thème de l'inceste s'est révélé être un jalon central sur cette route, parce qu'il est au fond le crime familial typique, qui symbolise une forme

¹²⁸⁵ René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1937, 179 p

¹²⁸⁶ Notamment par le biais de l'idée de charité, par exemple dans l'ouvrage d'Hannah ARENDT, *Le concept d'amour chez Augustin*, Paris, Éditions Payot et Rivages, 1999, 183 p., (trad. : ASTRUP A.-S.).

¹²⁸⁷ Car il est peut-être plus simple de rejeter comme « naïves » les questions les plus essentielles, pour ne pas avoir ainsi à les affronter. C'est ainsi peut-être que d'aucuns pourraient relever que des MARCEL, BUBER, SCHELER, appartiendraient à un autre temps, et ne serait plus majeurs dans un mouvement plus positiviste de la pensée juridique contemporaine, oubliant alors que ce positivisme exacerbé procède lui-même d'une simplification complète. Ces auteurs avaient au contraire assumé la complexité de la situation humaine.

d'anéantissement de la génération dans la famille, où le silence comme les gestes eux-mêmes, marquent le dévoiement complet de l'amour, qui devient un garrot terrible de la vie qu'il aurait dû porter. De là le crime passionnel a paru devoir s'étendre aux infanticides. Ces crimes, que l'on impute à un défaut ou bien à un excès d'amour, révèlent en tout cas un affect qui est perturbé, en ce qu'il ne permet plus le contact avec l'autre. Que l'enfant ou l'amant soit visé, il ne peut plus être lui-même, et il entraîne dans sa disparition celle du criminel. En étant toujours pris pour un autre, la victime du crime familial sera la victime d'un affect qui n'a pu remplir son rôle de mettre *en présence* deux personnes.

En cela, le mythe d'Œdipe est peut-être la synthèse la plus complète que l'on puisse découvrir¹²⁸⁸, car chacun y est victime d'être pris pour ce qu'il n'est pas, et l'enfant qui a eu d'abord les pieds percés, et qui perce ensuite son regard se punit très exactement de ne pas avoir vu, de ne pas avoir su ce qu'il fallait savoir, lui qui avait pourtant décodé l'énigme du Sphinx. Le contact affectif est seul à permettre une telle connaissance de l'altérité, et de l'ipséité du même coup¹²⁸⁹, et de là, il est le seul finalement qui puisse rendre l'autre présent. Or, c'est bien dans ce temps présent que sa liberté existe.

929. Il existe ainsi comme un décalage temporel entre le temps de l'affect, qui est présent, et le temps de la responsabilité qui est un temps de l'après¹²⁹⁰. Après que l'événement dommageable soit advenu, ou après qu'un engagement ait été pris, la réponse ne vient pas avant la question que seule peut poser l'étrangeté du monde, et l'altérité d'une personne. De ces deux contacts, l'expérience est faite dans la famille et sans doute d'ailleurs est-ce là qu'elle est faite en premier lieu. La responsabilité qui agit en remplaçant un répondant en face d'une victime est donc dépendante de ce premier lieu, et lorsqu'elle pose à son tour une question et impose une réponse, elle ne peut jamais le faire que dans un second temps, qui ne peut se substituer au premier. Les deux ordres se succèdent bien, et s'ils s'interpénètrent ce n'est jamais pour se fondre l'un dans l'autre. De là, la responsabilité n'aurait à la limite qu'à

¹²⁸⁸ En atteste sans doute la richesse de ses exploitations littéraires, psychanalytique ou cinématographiques : Eschyle, Sophocle, Euripide, Sénèque, Stace, Corneille, Freud, Gide, Cocteau, Anouilh, mais aussi le film de Pasolini, sans évoquer encore les opéras, ou même les bandes dessinées... Tout ceci témoigne sans doute de l'importance de ses thèmes, et de leur caractère finalement sensible pour chacun, qu'il se présente comme angoisse ou comme violence vécue.

¹²⁸⁹ NEDONCELLE ou BUBER, op. cit. Mais aussi l'article de Robert LENOBLE, op. cit.

¹²⁹⁰ Plus exactement ce que l'on voit *après* éclaire ce qui existait *avant* : c'est pourquoi il fallait étudier l'engagement et la réponse. « Le temps d'avant et le temps d'après se comportent comme un couple de vers. Dans un couple de vers, le second vers prolonge le premier dans le temps et, pourtant, pleut sur lui, l'adombre, le saisit en retour aux intervalles chatouilleux, prolifiques. Alors ce qui précède est, déjà, ce qui suit », comme le dit AUDIBERTI dans *La Nouvelle Origine*.

tirer le constat et les conséquences d'une relation qui lui était préexistante, et qui a ses exigences propres. Ce constat pour le faire, néanmoins, il faut encore identifier l'affect, non seulement comme objet possible, ce à quoi s'est vouée la première partie de ce travail, mais encore dans son originalité, ce qu'à tenter de faire la seconde partie. La responsabilité qui est mise en œuvre dans la famille est ainsi devenue une responsabilité familiale, parce qu'elle se forme en dépendance de l'affect qui en unit les membres, ou qui au contraire les déchire¹²⁹¹. Le droit de la responsabilité pourrait d'ailleurs sembler être le plus capable de protéger la relation personnelle familiale, parce qu'en intervenant *a posteriori*, et en reposant sur un cadre légal peut-être plus ouvert qu'ailleurs, il est le seul qui puisse en fait porter un regard concret sur elle.

Les jurisprudences ainsi qui ont été utilisées, non pour démontrer à proprement parler, mais plutôt pour illustrer certaines des hypothèses formulées, sont toujours à la fois marginales, et typiques. En effet, elles sont marginales parce qu'elles sont bien souvent des décisions rendues en des cas isolés, dont le caractère exceptionnel se fonde déjà dans l'engagement même de la responsabilité, qui n'est pas, en dehors du cas du divorce, une norme de la régulation du conflit familial. Mais elles sont surtout nécessairement exceptionnelles parce que ce sont les circonstances particulières de l'espèce qui justifie finalement toujours la solution qu'adoptent les juges. Et il ne peut en être autrement. L'aspect typique des jurisprudences citées apparaît pour cette raison.

930. Il doit tout de même être relevé que ces jurisprudences paraissent faire l'objet d'un certain déni de la part de la doctrine juridique. de manière très visible, il a été difficile de trouver notamment des commentaires en droit des décisions rendues en matière de crimes familiaux, à l'exception peut-être de l'inceste, qui a suscité, il est vrai, plus d'études, mais généralement sous un angle restreint, tel que celui de l'empêchement à mariage par exemple. Les crimes passionnels, peut-être parce qu'ils font les délices d'une certaine presse avide de scandale, sont de leur côté parfaitement délaissés, comme s'ils ne présentaient pas de difficultés particulières pour le juge qui y est confronté, ou comme si cette délinquance spécifique n'avait rien à dire d'une relation humaine que l'on réglemente pourtant. Lorsque l'affect n'est pas déréglé, et que ce ne sont pas les crimes familiaux mais les engagements tels

¹²⁹¹ Mais cette déchirure reste aussi un lien, plus douloureux mais qui ne peut être rompu, quoique l'on fasse, et même lorsque par exemple un abandon est déclaré judiciairement, l'enfant aura toujours été celui de ceux qui l'ont mis au monde, et construira dans ces conditions son histoire. Le lien est en fait inéluctable.

que la filiation ou le mariage qui sont observés, les études en doctrine ne manquent plus, mais elles ne paraissent accorder aucune place à l'affect, qui est assimilé à d'autres éléments.

Ce déni, peut-être est-il tout entier exprimé dans la façon dont sont accueillies d'autres notions, qui pourtant ont bien peu de chance de pouvoir communiquer avec le monde du droit. Que la volonté encore soit parfois confondue avec l'affect, cela peut se comprendre dans la mesure où le droit est accoutumé à elle, et l'observe sans trop d'inefficacité dans ses manifestations. Mais que soit par exemple admise l'idée d'émotion¹²⁹², plutôt que celle d'affect, doit être plus étonnant, et très certainement de nature à interdire tout dialogue entre les deux mondes de la responsabilité et de la situation de la personne face à un autre qui lui est cher. En ramenant l'affect à l'émotion, on le coupe justement de sa nature personnelle, et il ne peut que devenir alors totalement a-normatif.

931. L'affect est ainsi un élément qui, après avoir soulevé les difficultés d'une situation humaine et personnelle, **peut conduire à des présomptions pratiques**. La décision prise alors l'est pour les meilleures raisons, qui ne sont pas des raisons absolues¹²⁹³. L'affect ainsi, en certains cas, éclaire une solution déjà admise en jurisprudence, ou bien au contraire invite à la modifier.

Plus exactement, il apparaît que ce qui relève d'une morale sociale et de la justice générale, dans la faute familiale civile, soit éclairé par l'affect, tandis que ce qui relève d'une justice particulière et d'une morale juridique, dans la faute familiale pénale, rencontre une résistance de l'affect.

Dans le premier cas l'affect s'intègre à la responsabilité ; dans le second il la presse.

Cas	Moyens	Conclusions
Exemple de cas dans lequel l'affect conduit à un rejet de la solution existante		
Vol en famille	Immunités relatives aux	Rejet des ces immunités au

¹²⁹² Voir le succès des courants émotivistes, qui sont des mouvements analytiques, et qui paraissent voir par exemple une publication récente : Alexandre FLUECKIGER, Robert ROTH et Christian-Nils ROBERT (dir.), *Droit et émotions : le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Genève, Travaux du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives, 2010, 201 p.

¹²⁹³ Au sens de Perelman : Chaïm PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 193 p.

	atteintes aux biens (article 311-12 du code pénal)	nom d'une protection de la personne
Exemple de cas dans lesquels l'affect permet de comprendre la solution judiciaire retenue		
Recel d'un malfaiteur dans la famille	Immunités relatives aux atteintes à une poursuite judiciaire (articles 434-1 ; 434-6 ; 434-11 du code pénal)	Valeur de ces immunités relative à la personne, qui sont des immunités de fond
Abandon sans exposition ou mise en danger de l'enfant	Déclaration judiciaire d'abandon (article 350 du code civil)	Jurisprudence relative à l'examen d'une présence du parent auprès de l'enfant
Non assistance à un membre de sa famille (ascendant ou descendant)	Déclaration judiciaire d'indignité (articles 207 ; 726 et 727 du code civil)	Jurisprudence relative à l'existence d'un pardon
Non reconnaissance d'enfant	Application du principe du libre établissement du lien.	Exceptions au principe de la liberté relatives à la connaissance du parent et de l'enfant.
Exemple de cas dans lesquels l'affect entraîne une précision de la solution judiciaire retenue.		
Inceste	Sanction pénale liée à la nature du lien familial unissant l'auteur et la victime et à l'existence d'un viol	Inceste perçu par rapport à la violence affective, et non par rapport à l'existence ou non d'un consentement de la victime
Crime « passionnel »	Admission, le cas échéant, d'une absence de préméditation, entraînant une responsabilité atténuée	Atténuation de la responsabilité liée à l'ambivalence de la passion elle-même.

932. En demeurant modeste face à l'affect, et à tout ce qu'il emporte de plus beau et plus vil, et en acceptant simplement qu'il est une source de meilleure compréhension des situations familiales, le droit de la responsabilité peut progresser et affiner ses jugements. Parce qu'il permet une présence face à l'autre, l'affect est un type d'engagement qui surpasse sans doute celui que peut regarder la responsabilité, mais parce qu'il est finalement lui-aussi un engagement, l'affect a cette capacité d'être pour la justice une manifestation de l'amour.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

-A-

abandon, 108 et s., 241, 516.
abus de droit, 180, 471 et s., 479 et s., 483 et s.
adoption, 109, 514 et s.
-simple, 183 et s.
affect,
-définition, 12 et s., 470 et s., 544, 546 et s., 595.
aliments, 140 et s.
-rétroactivité de l'obligation alimentaire, 148
altérité, 432 et s.
anonymat de la mère, 194 et s.
anormalité, 231, 233, 471 et s., 496, 499 et s.
autorité parentale, 142 et s.

-B-

bonne foi, 149, 150.

-C-

cause,
-finale, 549 et s.
-matérielle, 275 et s., 490 et s.
complicité, 107, 299, 380 et s., 458, 464
connaissance, 174 et s., 188 et s., 193, 440 et s., 506 et s., 568 et s.
contestation de filiation, 245 et s., 252 et s., 489 et s.
contrat, 126, 128 et s., 139, 165 et s., 206 et s., 271, 273.

-contractualisation, 172 et s.
crime passionnel, 396 et s., 400 et s. 596, 599, 611
-amour (impossibilité de l'), 428 et s., 440 et s., 443 et s.
-critères, 402, 403, 411 et s., 421 et s., 424,
-jalousie, 421 et s.
-responsabilité du délinquant passionnel, 454, 460, 468.

-D-

devoirs des époux, 133 et s., 170 et s.
divorce, 129 et s., 167, 169, 211 et s., 358, 361, 483.
droits subjectifs, 135, 160, 340, 467 et s., 475, 581 et s.
droit à l'enfant, 514.

-E-

émotion, 8
engagement conjugal, 130 et s., 207 et s.
-théories en droit naturel, 135 et s.
enrichissement sans cause, 206, 210, 211, 212, 213, 501
erreur, 230 et s.
euthanasie, 418 et s.
excès, 71, 212, 231, 288 et s., 407 et s., 449, 479 et s.

-F-

fidélité, 129 et s., 170, 200, 222, 244, 361, 486, 500, 547, 548, 551, 566 et s.
filiation, 20, 109, 112 et s., 145 et s., 239 et s., 325 et s., 480, 485 et s., 505 et s.

-G-

gestation pour autrui, 185, 191, 253, 468.

-I-

immunité, 96 et s., 387, 416, 537, 541 et s.
inceste, 297 et s., 327 et s.
-particularité de la violence incestueuse, 303 et s., 331,
-place de la victime, 308, 310.
-préjudice de l'enfant né d'un viol incestueux, 328 et s., 341 et s., 346 et s.
-typologie, 313 et s.
indignité, 144
infanticide, 399, 402, 417, 427 et s., 435, 611.
institution, 19, 21 et s., 120, 133 et s., 165 et s., 212, 256, 271 et s., 551, 557, 572, 574.
-institutionnalisation, 174.

-L-

liberté, 61 et s., 92, 174 et s., 183 et s., 302 et s., 340, 373 et s., 425 et s., 444 et s., 487, 492, 535, 543, 564, 567, 571 et s., 587 et s.
-dans l'établissement de la filiation, 187 et s., 201 et s.

-M-

maltraitements, 288, 290 et s., 356 et s., 381 et s., 387 et s., 409, 504, 528, 539.
-place du "groupe familial", 362 et s., 383 et s.
mariage, 21, 72, 88, 125 et s., 161 et s., 187, 212 et s., 231 et s., 312, 314 et s., 405, 467, 483, 496 et s., 520, 527, 551, 553 et s.

-N-

néonaticide, 430 et s.
-état puérpéral, 436.

normalité, 492, 495 et s., 501.

-O-

oblativité, 407 et s.
origines personnelles, 197 et s.

-P-

pardon, 219 et s.
parricide, 85, 234, 397, 420, 428
préjudice par ricochet, 328, 343, 528 et s., 533 et s.
prestation compensatoire, 140
procréation médicalement assistée, 253 et s., 260 et s.
proportionnalité, 127, 210 et s., 482, 498, 608

-R-

reconnaissance d'indignité, 125, 140 et s., 607
reconnaissance mensongère d'enfant, 265 et s.
-fondement de l'action, 271 et s., 277.
-recevabilité de l'action, 269.
reconnaissance tardive de filiation, 178 et s.
responsabilité,
-civile ou pénale, 368 et s.
-comme engagement, 164 et s.
-comme réponse, 205 et s.
-conjugale, 207 et s., 228 et s.
-contractuelle, 209 et s., 217.
-dans la famille, 24, 27 et s.
-délictuelle, 209 et s.
-juridique et morale (distinction), 82 et s., 85, 91.
-logique de responsabilité, 128
risque, 7, 38, 42, 145 et s., 163 et s., 198, 240, 255, 265, 297, 327, 349, 382 et s., 432, 508, 536 et s., 576 et s., 589 et s.

-S-

sacrifice, 410 et s.
silence, 103 et s., 208, 292, 299, 371 et s., 380 et s., 425, 437, 448.
situation, 9 et s., 575 et s., 601, 612 et s.

solidarité, 88, 99 et s., 140 et s., 388, 526 et s., 549, 555, 564, 585.

subsides (action à fins de), 153 et s.

-V-

violence conjugale, 359, 363, 370

violence familiale, 295, 360 et s. , 373, 376 et s.

volonté, 14, 18, 27 et s., 48 et s., 83 et s., 113 et s., 126 et s., 576 et s.

-abstraction, 251, 257.

Bibliographie

1. *Ouvrages généraux, manuels et traités*

ALQUIE F., *Leçons de philosophie*, Paris, La table ronde, 2009, [1939], 832 p.

BACACHE-GIBEILI M., *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, Traité de droit civil*, Christian Larroumet (dir.), Paris, 2ème édition, Economica, 2012, 968 p.

BARRIERE-BROUSSE I., DOUCHY-LOUDOT M. (dir.), *Les contentieux familiaux, Droit interne, international et européen*, Paris, Lextenso éditions, 2013, 630 p.

BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J, 1979, 519 p.

BENVENISTE E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I : Economie, parenté, société ; II : Pouvoir, droit, religion*, Paris, Les éditions de Minuit, 1969, 2 volumes, 376 et 340 p.

BERNARDINI R., *Droit pénal général, Introduction au Droit criminel, Théorie générale de la responsabilité pénale*, Gualino, 2003, 681 p.

BILLIER J.-C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, Collection « U », Septembre 2001, 328 p.

BREHIER É., *Histoire de la philosophie*, Paris, Quadrige, P.U.F, 2ème édition, 2012, 1790 p.

CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Quadrige, PUF, 2004, 2574 p.

-*Droit civil, Les biens, les obligations*, Paris, Quadrige, PUF, 2004, 2574 p.

CONTE P., *Droit pénal spécial*, Paris, 4ème édition, LexisNexis, 2013, 492 p.

CUSSON M., *La criminologie*, Paris, 6ème édition, Hachette, 2013, 164 p.

DEBOVE F., FALLETTI F., JANVILLE Th., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, 4ème édition, PUF, 2011, 911 p.

DEMOLOMBE Ch., *Traité de la paternité et de la filiation*, Paris, 4ème édition, Durand, 1870, 650 p.

DESPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, Paris, 16^{ème} édition, Economica, 2009, 1248 p.

DREYER E., *Droit pénal général*, Villeneuve-d'Ascq, Litec, 2010, 1325 p.

-*Droit pénal spécial*, Ellipses, Paris, 2008, 697p.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, 2-responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2013, 471 p.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É., *Les obligations, 1-L'acte juridique*, Paris, 16^{ème} édition, Sirey, 2014, 544 p.

-*Les obligations, 2-Le fait juridique*, Paris, 13^{ème} édition, Sirey, 2009, 507 p.

GUINCHARD R. et BUISSON J., *Procédure pénale*, Paris, 8^{ème} édition, LexisNexis, 2012, 1633 p.

KILLIAS M., AEBI M. F., KUNH A., *Précis de criminologie*, Berne, 3^{ème} édition, Stämpfli éditions, 2012, 634 p.

LE BLANC M., CUSSON M., *Traité de criminologie empirique*, Montréal, Les presses de l'université de Montréal, 4^{ème} édition, 2010, 451 p.

LEPOINTE G., *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, Montchrestien, 1962, 761

LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz action, 9^{ème} édition, 2012, 2162p.

MALAURIE P., FULCHIRON H., *La famille*, Paris, 4^{ème} édition, Defrénois, 2011, 748.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, 3^{ème} édition, PUF, 2004, 531 p.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Tome I*, Paris, 7^{ème} édition, Cujas, 1998, 1048 p.

-*Traité de droit criminel, procédure pénale, Tome II*, 5^{ème} édition, Cujas, 2001, 1180 p.

PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, Mercuès, 6^{ème} édition, éditions Cujas, 2014, 788 p.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, 20^{ème} édition, Cujas, 2014, 777 p.

-*Procédure pénale*, Paris, 17^{ème} édition, éditions Cujas, 2013, 975 p.

RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Paris, 3^{ème} édition, Ellipses, 2014, 672 p.

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, Paris, 6^{ème} édition refondue, Thémis, PUF, 2005, 564 p.

ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, Lonrai, Thémis, PUF, 2013, 562 p.

TERRE F. et FENOUILLET D., *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2009, 934 p.

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 10ème édition, 2009, 1542 p.

VINEY G., *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, Jacques Ghestin (dir.)*, Paris, 3ème édition, L.G.D.J, 2008, 693 p.

Encyclopédie philosophique universelle, II, Les notions philosophiques, P.U.F, août 1990.

- ASSOUN P. L., « Amour (psyché) »,
- BAI J. M., « Amour »,
- BREMONTY F., « Affection », « Affectivité »,
- CRAMPE-CASNABET M., « Transcendantal »,
- DREVET C., « Amour propre »,
- HENRIOT J., « Responsabilité (morale) »,
- LAFRANCE Y., « Amour de soi »,
- LAVAUD C., « Transcendance »,
- PARRET H., « Passion »,
- SCHNEIDER M. « Affect »,
- SEGURA C., « Amour (esth.) »,
- TRIGEAUD J.-M., « Convention » ; « Responsabilité (juridique) »,
- WIDLOCHER D., « Folie »,

2. Mélanges, Ouvrages collectifs, Recueils

Actes du colloque « Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant »

Confrontations européennes régionales, Lyon, 21, 22 et 23 novembre 1991, 422 p.

- GONIN D., « La position incestueuse : rupture du lien de filiation », p. 246-248.
- THERY I., « Convention des Nations Unes et idéologie des nouveaux droits de l'enfant », pp. 333-341.

ALBERNHE Th. (Dir.), *Criminologie et psychiatrie*, Tours, Ellipses, 1997, 752 p.

Amour et Violence, Les études Carmélitaines, Paris, éditions Desclée de Brouwer, mai 1946, 270 p.

- HUYGHE R., « L'amour et l'agressivité dans l'art », pp. 72-82.
- LHERMITTE J., « Les sentiments de sympathie et d'agressivité sont-ils inscrits dans nos instincts ? », pp. 10-20.
- MADAULE J., « Amour et agressivité chez Dostoïevski », pp. 52-71.

-PARCHEMINEY G., « Le problème de l'ambivalence », pp. 24-51.

COUTANCEAU R., SMITH J.(dir.), *La violence sexuelle. Approche psychocriminologique*, Paris, Dunod, 2010, 386 p.

DECHERF G., BLANCHARD A.-M., DARCHIS É.(dir.), *Amour, haine et tyrannie dans la famille*, Clamecy, Collection explorations psychanalytiques, In Press, 2006, 229 p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (dir.), *Les filiations par greffe, Adoption et procréation médicalement assistée*, LEDRAP, Lille II, LGDJ, 1997, 176 p.

DERMENJIAN G. (dir.), *La puissance maternelle en méditerranée, Mythes et représentations*, études méditerranéennes, Barzakh, actes sud/MMSH, 2008, 168 p.

DIDI-HUBERMAN G. (dir.), *A visage découverts*, Saint-Amand-Montrond, Flammarion, Fondation Cartier, 1992, 223 p.

ESCOUBAS É., TENGELYI L. (dir.), *Affect et affectivité dans la philosophie moderne et la phénoménologie*, Paris, Ouverture Philosophique, L'Harmattan, 2009, 376 p.

-BEGOT J.-O., « Schiller : le partage des affects », pp. 161-180.

-DASTUR F., « Le rôle de la notion de Stimmung dans la compréhension de l'être de l'homme comme Dasein de Martin Heidegger à Werner Marx », pp. 239-261.

-MAYZAUD Y., « L'évidence de l'affection chez Descartes et Husserl », pp. 43-58.

-SCHNELL A., « Le problème de l'être-affecté chez Kant et Fichte », pp. 143-160.

-TENGELYI L., « Spinoza et l'éthique du désir », pp. 59-68.

-WALDENFELS B., « L'assise corporelle des sentiments », pp. 201-220.

Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple, année 2011, Ministère de l'intérieur, Délégation aux victimes, 32 p.

Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, 775 p.

-BRUN Ph., « Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?) », pp. 105-118.

-CASTAIGNEDE J., « Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile du mineur », pp. 119-139.

-GONTHIER F., LAMARCHE M., « Faute en famille », pp. 177-190.

-JOURDAIN P., « La responsabilité du fait d'autrui, à la recherche de ses fondements », pp. 67-81.

-MESTROT M., « La famille en chantier », pp. 191-208.

-NICOLAU G., « L'autorité parentale à l'épreuve », 2003, pp. 141-176.

-SAINT-PAU J.-C., « Responsabilité civile et anormalité », pp. 249-256.

-TRIGEAUD J.-M., « Égalité contractuelle et philosophie de la justice », pp. 539-552.

Études offertes à Georges Ripert : Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome 1, Études générales, droit de la famille, Paris, L.G.D.J, 1950, 554 p.

-CARBONNIER J., « Terre et ciel dans le droit français du mariage », pp. 325-345.

-SAVATIER R., « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques », pp. 75-92.

Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIIIème journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de droit de la famille à Woluwe-Saint-Lambert (Bruxelles), Paris, Bruyland, L.G.D.J, 1978, 769 p.

-TROUSSE P.-E., « Les sanctions pénales du droit de la famille », pp. 638-659.

FINE A., NEIRINCK Cl. (dir.), *Parents de sang, parents adoptifs*, Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, série anthropologique, volume 29, L.G.D.J, 2000, 396 p.

-DOUMENY V., « Étude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux États-Unis », pp. 147-169.

-LAPEYRE E., « Des parents par le sang aux parents adoptifs, le rôle des services sociaux », pp. 121-137.

-MARTIAL A., « L'adoption de l'enfants du conjoint. Filiation et beau-parenté dans les familles recomposées », pp. 189-211.

-NEIRINCK Cl., « L'évolution de l'adoption », pp. 343-363.

-OUELLETTE F.-R., « L'adoption face aux redéfinitions de la famille et de l'institution généalogique », pp. 325-343.

-WENNER E., « Nouvelles formes d'adoption ouverte en Allemagne », pp. 87-103.

FLUECKIGER A., ROTH R., ROBERT Ch.-N. (dir.), *Droit et émotions : le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Genève, Travaux du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives, 2010, 201 p.

FOLLAIN A., LEMESLE B., NASSIET M., PIERRE É., QUINCY-LEFEBVRE P. (Dir.), *La violence et le judiciaire, Discours, perceptions, pratiques*, actes du colloque international réuni à Angers les 18, 19 et 20 mai 2006, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Histoire, 2008, 383 p.

LEMOULAND J.-J. et LUBY M. (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Actes du colloque du 30 juin 2006 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Dalloz, Paris, 2007, 93 p.

Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, 1023 p.

-MAZEAUD D., « Famille et responsabilité (réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation ») », pp. 569-593.

LEAUTE J. (dir.), *Recherches sur l'infanticide*, Travaux de l'institut de sciences criminelles et pénitentiaires et études de M. le professeur LEVASSEUR et de M. DENIZART, de M. SEIGNOLLE et de M. GAULTIER, annales de la facultés de droit et de sciences politiques et économiques de Strasbourg XVI, Paris, 1968, 417p.

Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, Colloque de Rennes, RLDC, 2007, n°2631.

-LEDUC F., « causalité civile et imputation »

LEVY N. (dir.), *Evolutionary Ethics*, Ashgate, The international Library of Essays on Evolutionary Thought, 2010, 341 p.

MARCEL G. et alii, *Recherche de la famille, Essai sur l' « Être familial »*, Paris, Éditions familiales de France, 1949, 273 p.

-GUITTON J., « Le point de vue du psychologue : Les relations de famille », pp. 179-198.

-LACROIX J., « Le point de vue du phénoménologue : Phénoménologie de l'Aveu », pp. 201-212.

-SAVATIER R., « Le point de vue du juriste : La réalité juridique de l' « Être familial », ses exigences », pp. 51-70.

MARKUS J-P (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Paris, Dalloz, 2012, 330 p.

Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Strasbourg, P.U.S, L.G.D.J, 1994, 563 p.

-DREIFUSS-NETTER F., « L'accouchement sous x », pp. 99-113.

-TRILLAT B., « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », pp. 513-531.

Mélanges à la mémoire du professeur Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Bruxelles, Bruylant, 2000, 935 p.

-AMSELEK P., « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », pp. 33-66.

-CORPART I., « Le rôle de la volonté dans l'établissement de liens non filiaux avec un enfant », pp. 201-222.

-DREIFUSS-NETTER F., « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction des liens familiaux », pp. 263-288.

Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, 1184 p.

-CHABAS F., « Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage », pp. 291-303.

Mélanges dédiés à Louis Boyer, Toulouse, P.U.S.S.T, 1996, 831 p.

-POUSSON A., « Le non exercice fautif d'un droit subjectif », pp. 563-594.

-POUSSON-PETIT J., « Le droit à l'anonymat », pp. 595-621.

Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr : De code en code, Paris, Dalloz, Juin 2009, 879 p.

-MAYAUD Y., « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », pp. 541-551.

-PHILIPPE C., « L'article 212 du Code Civil. Du XXème au XXIème siècle », pp. 627-635.

Mélanges en l'honneur du professeur Hubert Groutel, Paris, LexisNexis, 2006, 484 p.

-SAINT-PAU J-Ch., « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », p. 405 et s.

Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, Lonrai, LexisNexis, Dalloz, 2012, 1060 p.

-DOUCHY-OUDOT M., « Propos impertinents sur l'amour conjugal », pp. 81-94.

-MALABAT V., « L'incrimination d'abus de faiblesse ou de la pénalisation des dissensions familiales », pp. 351-360.

Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Larguier, Droit pénal, Procédure pénale, Grenoble, P.U.G, 1993, 400 p.

-TRIGEAUD J.-M., « Sympathie et responsabilité pénale : l'inspiration smithienne », pp. 329-356.

NAVARRO F., (dir.), *Actes du premier colloque français sur le déni de grossesse*, Université Paul Sabatier Toulouse, 23 et 24 octobre 2008, Toulouse, Éditions universitaires du sud, 2009, 275 p.

OST F., VAN EYNDE L., GERARD Ph., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Lettres et lois, le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint Louis, 2001, 400 p.

OTIS-COUR L. (textes réunis par), *Histoires de famille, A la convergence du droit pénal et des liens de parenté*, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique n°33, Presses Universitaires de Limoges, Actes du colloque international des 19-21 juin 2008, Faculté de droit de Montpellier, 2012, 338 p.

-CHEVREAU E., « Quelques réflexions sur la responsabilité noxale en droit romain », pp. 33-53.

-DURAND B., « Crimes de famille, recherche de la *qualitas* et droits de la défense. Modernité du droit criminel Catalan (XVIème – XVIIème siècle) », pp. 79-94.

-MAUSEN Y., « La famille suspecte. Liens familiaux et motifs de récusation des témoins à l'époque médiévale », pp. 161-171.

PASCAL B., *Œuvres complètes*, texte établi et annoté par Jacques Chevalier, Lonrai, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1995, 1378 p.

-« Discours sur les passions de l'amour », [1653], pp. 536-548.

PUIGELIER C. (dir.), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles Bruylant, , 2012, 1461 p.

-BATTEUR A., « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », pp. 189-213.

-FOLSCHEID D., « Autour de l'affaire Perruche. Diversité des approches, unité des points de vue », pp. 477-492.

-GAUMONT-PRAT H., « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », pp. 555-570.

-LEMOULAND J.-J., « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », pp.729 à 750.

-MOYSE D., « Pour dépasser vraiment l'arrêt Perruche », pp. 1087-1097.

RENDU LOISEL A.-C. BORGEAUD Ph., (dir.), *Violentes émotions, Approches comparatistes*, Droz, Recherches et rencontres, vol. 27, Publications de la faculté des lettres de l'université de Genève, 2009, 201 p.

Déni de grossesse, entretien avec Denis Roux du 20 décembre 2013, à la maternité de l'hôpital Pellegrin.

SAINT-PAU J.-Ch. (dir.), *Droits de la personnalité*, Paris, Litec, 2013, 1500 p.

-ZABALZA A., « Philosophie juridique des droits de la personnalité », pp. 1-54.

SCIACCA (dir.), *Les grands courants de la pensée mondiale contemporaine*, Milan, Marzorati, 1964, 1326 p.

-FOREST A., « René Le Senne », pp. 907-935.

-TROISFONTAINES R., « Gabriel Marcel », pp. 965-989.

TRIGEAUD J.-M., « L'argument anti-subjectiviste de Duguit et la philosophie du droit moderne », intervention au Colloque « Atour de Léon Duguit », Université Montesquieu Bordeaux IV, 29-30 mai 2009.

TURSZ A., « Définition et chiffres. Idées reçues et faits démontrés. (Entretien avec Fabrice Drouelle) », Colloque national sur les violences faites aux enfants, Paris, Sénat, 14 juin 2013

VACQUIN M. (dir.), *La responsabilité, condition de notre humanité*, Condé-sur-Noireau, Autrement, janvier 1994, 287 p.

3. Ouvrages spécialisés

ADDAD M., BENEZECH M., *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon (Législations française, anglaise, israélienne et des U.S.A)*, Paris, Libraires techniques, 1978, 204 p.

ALTHUSSER L., *L'avenir dur longtemps, suivi de Les faits, autobiographies*, Paris, Stock, 2007, [1992], 575 p.

ARENDT H., *Le concept d'amour chez Augustin*, (Astrup trad.), Paris, Éditions Payot et Rivages, 1999, 183 p.

ARISTOTE, *Métaphysique*, (Duminil, Jaulin trad.), Paris, Flammarion, 2008, 495 p.

ASSOUN P.-L., *Lacan*, Paris, P.U.F, Que sais-je ?, 2003, 128 p.

BALMES F., *Ce que dit Lacan de l'être : 1953-1960*, Bibliothèque du Collège International de Philosophie, PUF, Paris, 1999, 214 p.

BASTIT M., *Les quatre causes de l'être selon la philosophie première d'Aristote*, Paris, Vrin, 2002, 420 p.

BECK U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (Bernardi trad.), Champs, Flammarion, Paris, 2008, [1986], 521 p.

BENEZECH M., *Heures Médico-légales, Recueil de textes divers*, Bordeaux, édition privée, Novembre 2000, 381 p.

BERGSON H., *La vie et l'œuvre de Ravaisson*, Paris, Quadrige, PUF, 2011, [1904], 96 p.

- BION W. R.**, *Aux sources de l'expérience*, (Robert trad.), Bibliothèque de psychanalyse, Paris, P.U.F, 5^{ème} édition, 2003, [1979], 137 p.
- BOLTANSKI L.**, *L'amour et la justice comme compétences*, Saint-Amand, Folio Essais, février 2011 [1990], 551 p.
- BONNECASE J.**, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille, Ses destinées dans le droit civil contemporain*, Paris, Éditions de Boccard, 1928, 343 p.
- BONNET C.**, *Geste d'amour, accouchement sous X*, Paris Odile Jacob, Janvier 1990, 276 p.
- BRUGUIERE A.**, *Le mariage et l'amour, en France, de la renaissance à la révolution*, Paris, L'univers historique, Seuil, Février 2011, 383 p.
- BUBER M.**, *Je et Tu*, [*Ich und Du*], Avant-propos par Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, Aubier, Roubaix, 1969, [1923], 154 p.
- CANGUILHEM G.**, *Le normal et le pathologique*, Paris, Quadrige, PUF, 2009, [1943], 224 p.
- CARBONIER J.**, *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF, 435 p.
- CHAILLOU Ph.**, *L'enfant et sa famille face à la justice*, Toulouse, Pratiques sociales, 1992 [1987], 156 p.
- CHIAPPINI Ph.**, *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz, 2006, 352 p.
- CONDILLAC E.B. (de)**, *Traité des systèmes*, Paris, Fayard, 1991, [1798], 267 p.
- CORNU G.**, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, P.U.F, Doctrine juridique, août 1998, 421 p.
- CORTIADA M. (de)**, *Decisiones reverendi cancellarii et sacri regii Senatus Cathaloniae*, Barcelone, 1665, et notamment les décisions 14 ; 17 ; 41, n°2 ; 50, n°27 ; 93, n°35 ; 95, n°33 ; 96, n°11, consulté en ligne sur <https://books.google.fr>
- DABIN J.**, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007, [1952], 313 p.
- DE GRAMONT J.**, *Kant et la question de l'affectivité, Lecture de la troisième critique*, Paris, Vrin, 1996, 286 p.
- DE GREEFF E.**, *Amour et crimes d'amour*, Bruxelles, Psychologie et sciences humaines, Charles Dessart éditeur, 1973 [1942], 322 p.
- Les instincts de défense et de sympathie*, Vendôme, P.U.F, bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947, 235 p.
- DELACROIX H.**, *Les grandes formes de la vie mentale*, Paris, l'Harmattan, Psychanalyse et civilisations, 2008 [1^{ère} éd. Félix Alcan, 1934], 187 p.

DELMAS-MARTY M., *Résister, responsabiliser, anticiper, ou comment humaniser la mondialisation*, Condé-sur-Noireau, Seuil, Janvier 2013, 197 p.

DESCARTES R., *Méditations Métaphysiques*, Paris, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2012, [1641], 315 p

-*Les passions de l'âme*, Paris, Bibliothèque de philosophie, Hatier-Boivin, 1955, [1649], 165 p.

-*Principes de la philosophie. Première partie*, Picot (trad.), Paris, Vrin, 2009, [1644], 400 p.

DE SINGLY F., *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Armand Colin, 3ème édition refondue, 2007, [1993], 128 p.

DESTUTT DE TRACY A. L. C., *Traité de la volonté et de ses effets : De l'amour*, Fayard, Corpus des œuvres philosophiques en langue française, 1994, [1818], « De l'amour » p 417 à 478, 481 p.

DOUBROVSKY S., *Corneille et la dialectique du héros*, Bibliothèque des idées, NRF, éditions Gallimard, Paris, 1963, 588 p.

DURKHEIM E., *De la division du travail social*, Quadrige, PUF, Paris, 2004, [1893], 416 p.

FERRI E., *Sociologie criminelle*, traduction de l'auteur sur la troisième édition italienne, Arthur ROUSSEAU, Paris, 1893, 657 p., <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k77554d>

FESTUGIERE J., *La philosophie de l'amour de Marsile Ficin, Et son influence sur la littérature française au XVIème siècle*, Paris, Vrin, études de philosophie médiévale, 1941, 168 p.

FONTAN P., *L'intention réaliste*, préface d'Aimé Forest, Bibliothèque des archives de Philosophie, n°3, Beauchesne, Paris, mai 1965, 94 p.

FREUD S., *Totem et tabou*, (Jankélévitch trad.), Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2005, [1912-1913], 225 p.

GERNET L., *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, Albin Michel, L'évolution de l'humanité, 2001 [1917], 464 p.

GLOTZ G., *La solidarité dans la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, Albert Fontemoing éditeur, 1904, 621 p. consulté sur <http://www.gallica.fr>

GODIVES-BENEZET S., *La clinique de l'Agir*, Cours de master, Certificat de sciences criminelles, Bordeaux, année 2012-2013, 35p.

GOYARD-FABRE S., *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, Librairie Klincksieck, 1972, 340 p.

- La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, 292 p.
- GRENET P.**, *Le thomisme*, Paris, P.U.F, Que sais-je ?, n°587, 5^{ème} édition, 1970 [1953], 125 p.
- GRZEGORCZYK, Ch.**, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXV, L.G.D.J, 1982, 282 p.
- GURVITCH G.**, *L'idée du droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, Aalen, Scientia, 1972, [1932], 710 p.
- GURVITCH G.**, *La magie et le droit*, préface de François Terré, Paris, Dalloz, 2004, 104 p.
- HAESEVOETS Y.-H. L.**, *L'enfant victime d'inceste, De la séduction traumatique à la violence sexuelle*, Bruxelles, De Boeck, 2^{ème} édition, 2007, [2002], 289 p.
- HAURIOU M.**, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, 734 p.
- HEGEL G.W.F.**, *Phénoménologie de l'esprit*, Jean Hyppolite (Trad.), 2 volumes, Aubier-Montaigne, Paris, 1939-1941, [1807], 358 et 357 p.
- La raison dans l'histoire*, Kostas Papaioannou (trad.), 10-18, Paris, 2003, [1830], 312 p.
- HEIDEGGER M.**, « La question de la technique », in *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1958, 378 p.
- HUME D.**, *Traité de la nature humaine, Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Tome II, Traduction et préface d'André Leroy, Paris, Aubier-Montaigne, 1973, [1739], 766 p.
- HUSSON L.**, *Les transformations de la responsabilité, Étude sur la pensée juridique*, Paris, P.U.F, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947, 544 p.
- HUTCHESON F.**, *Recherches sur l'origine de nos idées, de la beauté et de la vertu*, Paris, Vrin, 1991, [1725], 288 p.
- JANKELEVITCH V.**, *Le pardon*, Paris, Aubier, 1967, 216 p
- Traité des vertus II : les vertus et l'amour*, Paris, champs essai Flammarion, 1986, Tome 1, 402 p. et Tome 2, 354 p.
- JONAS H.**, *Le principe responsabilité*, (Greisch trad.)Paris, Flammarion, Champs, 3^{ème} édition 1995 [1979], 424 p.
- KANT I.**, *Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, (Foucault trad.), Vrin, Paris, 2008, [1800], 267 p.

- Critique de la raison pratique*, Paris, Quadrige, P.U.F, 8^{ème} édition, 2012, [1788], 189 p., (trad. : Picavet F.)
- Fondements de la métaphysique des mœurs*, Delbos et Philonenko (trad.), Paris, Vrin, 2004, [1785], 206 p.
- KILLEAS M., AEBI M. F., KUHN A.**, *Précis de criminologie*, Berne, Précis de droit Stämpfli, 3^{ème} éd., 2012, 633 p.
- LACAN J.**, *Autres Écrits*, Paris, Éditions du Seuil, avril 2001, 609 p.
- « Les complexes familiaux dans la formation de l'individu. Essai d'analyse d'une fonction en psychologie », [1938], pp. 23-84.
- LASSERRE E.**, *Les délinquants passionnels et le criminaliste Impallomeni*, Paris, Félix Aican, 1908, 180 p.
- LAVELLE L.**, *Traité des valeurs, Tome premier : Théorie générale de la valeur*, Paris, P.U.F, collection Logos, 1950, 744 p.
- Traité des valeurs, Tome second : Le système des différentes valeurs*, Paris, P.U.F, collection Logos, 1955, 560 p.
- LE BRETON D.**, *Les passions ordinaires, Anthropologie des émotions*, Paris, Armand Colin, 2001, 222 p.
- LE SENNE R.**, *Traité de caractérologie*, Vendôme, P.U.F, Logos, 6^{ème} édition, 1960 [1945], 658 p.
- LE TOURNEAU Ph., JULIEN J.**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz action, 7^{ème} édition, 1778 p.
- LEGENDRE P.**, *Le crime du caporal Lortie : traité sur le père*, Paris, Champs, Flammarion, 2000, 223 p.
- LEVINAS E.**, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1974, 233 p.
- LEVI-STRAUSS Cl.**, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 2^{ème} édition, 1967, [1947], 591 p.
- LIPPI S.**, *Transgressions. Bataille, Lacan*, Villefranche de Rouergue, éditions Eres, 2008, 258 p.
- LOMBROSO C.**, *La femme criminelle et la prostituée*, texte présenté par Pierre Darmon, Grenoble, éditions Jérôme Million, collection Mémoires du corps, 1991, 544 p.
- LUPASCO S.**, *Du devenir logique et de l'affectivité, Essai d'une nouvelle théorie de la connaissance*, Tome 2, Paris, Vrin, 1973 [1935], 296 p.

-*Du devenir logique et de l'affectivité, Le dualisme antagoniste*, Tome 1, Paris, Vrin, 1973 [1935], 308 p.

MADINIER G., *Conscience et Amour, Essai sur le « Nous »*, Paris, Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F, deuxième édition, 1947, 141 p.

MAINE DE BIRAN P., *Mémoire sur les perceptions obscures, suivi de la discussion avec Royer-Collard sur l'existence d'un état purement affectif et de trois notes inédites sur la nature de l'influence de la volonté, sur la perception de la dureté, sur l'objet de la philosophie de l'esprit humain*, Paris, Armand Colin, 1920, 89 p. Consulté en ligne sur <http://www.gallica.bnf.fr>.

MARCEL G., *L'homme problématique*, Paris, Aubier, 1995, 244 p.

MARINOPOULOS S., *Infanticide et Néonaticide*, Bruxelles, Éditions Fabert, 2011, 60 p.

MBAMZOULOU P., TERCQ N., *La médiation familiale pénale*, Paris, L'Harmattan, Controverses, 2004, 114 p.

MECHRI F., *L'enfant objet et sujet d'affection, Approche juridique et juristique des rapports parents-enfants en droit tunisien et en droit comparé*, Condé-sur-Noireau, Publisud, Février 2006, 274 p.

MOREAU J., *Réalisme et idéalisme chez Platon*, Paris, P.U.F, Nouvelle encyclopédie philosophique, 1951, 135 p.

NEDONCELLE M., *De la fidélité*, Philosophie de l'esprit, Aubier, Paris, 1953, 203 p.

-*La réciprocité des consciences*, Paris, Philosophie de l'esprit, Aubier, éditions Montaigne, 1942, 329 p.

OTTONELLO P. P., *Structure et formes du nihilisme européen, Essais introductifs*, Bibliothèque de philosophie comparée, Bordeaux, Bière, 1987, 150 p.

PARTHENIOS DE NICEE, *Passions d'amour*, texte grec établi, traduit et commenté par Michèle BIRAUD, Dominique VOISIN, Arnaud ZUCKER, avec la collaboration de Evrard DELBEY, Koen VANHAEGENDOREN, Fabrice WENDLING et Béatrice CHARLET, 2ditions Jérôme Million, Harmonia Mundi, Grenoble, 2008, 303 p.

PERELMAN C., *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 193 p.

POSNER R. A., *Droit et Littérature*, Paris, P.U.F, Collection Droit, éthique, société, 1996, 464 p.

PRADINES M., *Traité de psychologie générale*, Paris, P.U.F, réédition en un volume, décembre 1986 [vol I 1943, vol II 1946, vol III 1946], 746, 657 et 477 p.

PROAL L., *Le crime et le suicide passionnels*, Paris, Ferdinand Alcan, 1900, 699 p., consulté sur <http://gallica.bnf.fr> .

RACAMIER P.-Cl., *L'inceste et l'incestuel*, Paris, Dunod, 2010, [1995], 174 p.

RIBOT Th., *Essai sur les passions*, Paris, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 5^{ème} éditions, , 1923, 192 p.

RICOEUR P., *Amour et justice*, texte d'une conférence : remise du prix Léopold Lucas, 1989, Villeneuve-d'Ascq, Points Essais, 2008, 42 p.

RICOT J., *Étude sur l'humain et l'inhumain*, Mayenne, P.U.F, 1997, 133 p.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J, 1994, 421 p.

ROSMINI A., *Philosophie de la politique*, (Plaisance-Léglise trad.), Bibliothèque de philosophie comparée, Bière, Paris, 2000, [1837-1840], 474 p.

ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, [1963], 451 p.

ROUSSEAU J.-J., *Émile ou De l'éducation*, texte établi par Charles Wirz, présenté et annoté par Pierre Burgelin, Paris, Gallimard, 2008, [1762], 1139 p.

SAVATIER R., *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1937, 179 p.

SCHELER M., *Nature et formes de la sympathie, contribution à l'étude des lois de la vie affective*, (Lefebvre trad.) , Paris, Petite bibliothèque Payot, 2003, [1913], 496 p.

-*La situation de l'homme dans le monde*, Paris, Aubier, éditions Montaigne, Philosophie de l'esprit, [Die Stellung des Menschen im Kosmos, trad. Maurice Dupuy], 1951, 126 p.

SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H.-A., *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXI, Paris, L.G.D.J, 1976, 101 p.

SEGALEN M., *Amours et mariage de l'ancienne France*, Paris, Berger-Levrault, 1981, 175 p.

SMITH A., *Théorie des sentiments moraux*, Lonrai, PUF, Quadriges, février 2007, [1759], 454 p.

SOLMNE (de) M., *Innocente culpabilité*, dialogue avec RICOEUR P., ROUGIER S., LELOUP J-Y, NAQUET Ph., Paris, éditions Dervy, 1998, 105 p.

STENDHAL, *De l'amour*, Gallimard, Paris, 1980, [1822], 564 p.

Statut et protection de l'enfant, Les études du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 1991, 232 p.

TARANTO P., « Le spectateur impartial et la « médiocrité » de la vertu », Conférence donnée à Curitiba, Brésil, Juin 2007, colloque sur la mesure.

TARDE G., *La morale sexuelle*, Petite bibliothèque Payot, Paris, 2008, texte issu d'un cours paru en 1902, 91 p.

TOURPE E., *Siewerth « après » Siewerth, Le lien idéal de l'amour dans le thomisme spéculatif de Gustav Siewerth et la visée d'un réalisme transcendantal*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque philosophique de Louvain, n°49, éditions de l'institut supérieur de philosophie de Louvain-La-Neuve, 1998, 466 p.

TRIGEAUD J.-M., *L'homme coupable: critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bordeaux, Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 1999, 245 p.

-*Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, Bière, 1995, 464 p.

-*Personne, Droit, Existence*, Bordeaux, Bière, 2009, 271 p.

VITORIA F., *Leçon sur l'homicide*, présentation et traduction par Jean-Paul COUJOU, Dalloz, Paris, 2009, [1529], 97 p.

4. Thèses

ARNAUDIN C., *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse de doctorat dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, 486 p.

ASSICOT B., *L'abandon d'enfant, étude de sociologie*, thèse de doctorat dactylographiée, Paris VIII, 1993, 337 p.

BAILLON-WIRTZ N., *La famille et la mort*, Paris, Defrénois, Doctorat et notariat, Tome 17, 2006, 486 p.

BAKOUCHE D., *L'excès en droit civil*, Paris, L.G.D.J, 2005, 464 p

BEN HADJ YAHIA S., *La fidélité et le droit*, thèse de doctorat dactylographiée, Toulouse I, 2005, 743 p.

BETHERY DE LA BROSSE A., *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVIème – XXIème siècles)*, Paris, L.G.D.J, Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, Tome 25, septembre 2011, 432 p.

BLANCHARD Ch., *La dispense en droit privé*, Paris, Editions Panthéon-Assas, L.G.D.J, 730 p.

BLOCH C., *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, 673 p

BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J, 2005, 695 p.

BRUGERE F., *Théorie de l'art et philosophie de la sociabilité selon Shaftesbury*, Paris, Honoré Champion, 1999, 437 p.

D'ALTON A., *La critique de l'objectivisme dans la philosophie du droit du XXème siècle*, thèse de doctorat dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, 443 p.

DELFOSSÉ-CICILE M.-L., *Le lien parental*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J, 2003, 634p.

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, 477 p.

DIENER P., *Le silence et le droit*, thèse de doctorat dactylographiée, Université Bordeaux I, 1975, 587 p.

DUDIT C., *La contractualisation du droit de la famille*, thèse de doctorat dactylographiée, Université de Nantes, 2009, 553 p.

DUPEND A., *L'argument jusnaturaliste en droit privé patrimonial français*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2014, 524 p.

ECOLE J., *La métaphysique de l'Être dans la philosophie de Maurice Blondel*, Thèse complémentaire pour le doctorat-ès-Lettres, Louvain, Éditions Nauwehaerts, 1959, 228 p.

GARRIGUE J., *Les devoirs conjugaux, réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J diffuseur, 2012, 648 p.

GATTO C., *Le pardon en Droit pénal*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2014, 496 p.

GRATALOUP S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 290, L.G.D.J, Mars 1998, 599 p.

GUTMANN D., *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, Toulouse, Bibliothèque du droit privé, L.G.D.J, Février 2000, 520 p.

HARTMANN E., *La maternité criminelle du XIIème au XXIème siècle : le droit pénal face à l'expression du désir et du refus d'enfant*, thèse dactylographiée, Strasbourg, 2011, 1867 p.

HIGY C., *Le temps en droit de la filiation*, Strasbourg, P.U.S, Centre de droit privé fondamental, 2012, 368 p.

JANVILLE Th., *La qualification juridique des faits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 745 p

MECHRI F., *La signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1973, 470 p

PAILLET É., *Infidélité conjugale et continuité familiale*, thèse, Bordeaux, 1979, 672 p.

PIN X., *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J, 2002, 724 p.

PONS S., *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 457 p.

PORCHEROT E., *De l'abus de droit*, Université de Bourgogne, Dijon, 1901, 221 p

POUSSON A., POUSSON J., *L'affection et le droit*, Toulouse, Centre régional de publication de Toulouse, mai 1990, 375 p.

ROUMY F., *L'adoption dans le droit savant du XIIème au XVIème siècle*, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 279, L.G.D.J, Juillet 1998, 319 p.

ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 2009, 485 p.

SAINT PAU J-C., *L'anonymat et le droit*, thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1998, 893 p.

TOURE H., *Le crime passionnel, étude du processus de passage à l'acte et de sa répression*, soutenue le 12 novembre 2007, à l'université Paris VIII, 341 p.

VIANDIER A., *La notion d'associé*, Paris, L.G.D.J, 1978, 314 p.

ZABALZA A., *La terre et le droit : du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 2007, 441 p.

ZALEWSKI V., *Famille, devoirs, et gratuité*, Condé-sur-Noireau, L'Harmattan, 2004, 452 p.

5. Articles de revue

AMAR J., « PACS et immunités familiales », *Dr Pén*, 2000, étude 32, p. 6.

ANDREOLI A., « Le syndrome de Médée, parcours sadique de la perte d'amour », *Revue Médicale Suisse*, 2010, 6, pp. 340-42.

ARDEEFF I., « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, pp. 39-42.

ASSOUN P.-L., « La famille, entre droit et psychanalyse », *L.P.A*, 1^{er} octobre 1997, n°118, pp. 11-17.

AZZI T., « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* n°, avril/juin 2007, pp. 227-251.

BACHELARD G., « De la nature du rationalisme », *Bulletin de la société française de philosophie*, 1950, n°2.

BATIFFOL H., « Existence et spécificité du droit de la famille », *APD*, Tome 20, 1975, pp. 7-15.

BATTEUR A., « La carence de l'autorité parentale », *Revue Lamy Droit civil*, n°51, juillet-août 2008, pp. 63-70.

-« L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, octobre-décembre 2000, pp. 759-780.

BONNECASE J., « A la recherche du fondement du droit : Y a-t-il un romantisme juridique ? », *RTD civ.*, Tome 28, année 1929, Paris, pp. 359-377.

BOUDON R., « De l'objectivité des valeurs artistiques ou les valeurs artistiques entre le platonisme et le conventionnalisme », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, pp. 76-96.

BOULBES R., « La contestation de la reconnaissance d'enfant naturel par son père, après légitimation », *J.C.P G.*, 1960, I, 1547.

BOUVIER D., « Le mythe comme objet historique ou philosophique », *Revue Études de lettres, Philosophes et historiens face aux mythes*, n°2, Lausanne, 1998, pp.145 -153

BURGARD M., « L'enrichissement sans cause au sein du couple : Quelles différences de régime entre époux, partenaires et concubins ? », *L.P.A*, 21 mai 2010, n°101, p. 35 et suivantes.

-« L'obligation essentielle en droit commun et l'obligation fondamentale en droit de la famille, A la recherche d'un régime juridique unique », *L.P.A*, 9 juin 2010, n°14, pp. 6-14.

CARBONNIER J., « L'hypothèse du non droit », in *Le dépassement du droit*, A.P.D, Tome 8, 1963, pp. 55-74.

CHAUVIÈRE M. et MESSU M., « Les apories de la solidarité familiale, Contribution à la sociologie des configurations de justice entre les familles et l'Etat dans le cas français », in *Sociologie du travail*, Volume 45, n°3, décembre 2003, pp. 327-342

CHRISTENSEN-NUGUES Ch., « Mariage consenti et mariage contraint : l'abjuration sub pena nubendi », *Médiévales*, 40, printemps 2001, pp. 101-111.

CICHELLI V., MAUNAYE E., « Significations de la responsabilité parentale à la naissance de l'enfant et après son adolescence », *Lien social et politiques*, n°46, 2001, pp. 85-96.

CLAM J., « Qu'est-ce que faire violence ? Intersubjectivité, corporéité et violabilité de la personne dans le *Fondement du droit naturel* (1796) de Fichte », *A.P.D, Droit et esthétique*, Tome 40, 1995, pp. 348-389.

COPET-ROUGIER É., « Alliance, filiation, germanité : entre vérités biologiques et métaphoriques », *Sociétés contemporaines*, 2000, n°38, pp. 21-32.

CORPART I., « Reconnaissances maritales », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, pp. 17-20.

COTTA S., « Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité », *A.P.D*, Tome 22, 1977, pp. 23-30.

COURTOIS G., « Innocence et responsabilité selon Spinoza », *A.P.D*, Tome 22, *La responsabilité*, Paris, 1977, pp. 97-111.

D'ALTON A., « La place de l'émotion dans la structure objective du droit », *revue de la B.P.C*, Thèmes, III/2012, mis en ligne le 31 mars 2012 sur <http://www.philosophiedudroit.org>, 11 p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* n°2, avril/juin 1995, pp. 249-270.

DEL CARMEN P.M.M., « La vie et l'amour dans la pensée de Hegel à Francfort », *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 1/2007 (Tome 132), p. 23 à 41, consulté sur www.cairn.info/revue-philosophique-2007-1-page-23.htm

DESCAMPS Ph., « Que faire du droit familiale de Fichte ? », *Les études philosophiques*, janvier 2007, pp. 109-123.

DESPOTOPOULOS C., « Sur la famille d'après Aristote », *A.P.D*, Tome 20, 1975, pp. 71-87.

DUFOUR A., « Autorité maritale et autorité paternelle dans l'École du droit naturel moderne », *A.P.D*, Tome 20, 1975, pp. 89-125.

DUFOUR A., « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *A.P.D*, Tome 29, 1984, pp. 209-249.

DUPEND A., « Théorie et philosophie du droit naturel de Jean Dabin », Thèmes, *Revue de la B.P.C*, IV, 2011, mis en ligne le 19 septembre 2011, <http://philosophiedudroit.org>

DURIF-VAREMBONT J.-P., RAVIT M., ELCHARDUS J.-M., « Meurtres d'enfants : perspectives psychiatriques sur une violence spécifique », *RSC*, 2013, p. 181.

DURKHEIM É., « La prohibition de l'inceste et ses origines », in *Année Sociologique*, vol. I, 1896-1897, pp. 1-70.

ECOLE J., « L'apparition de la notion de valeur et son cheminement dans ses rapports avec celle d'être dans la philosophie de Louis Lavelle », *Filosofia Oggi*, anno XXIII, n°91, Luglio Settembre, 2000, p. 285 à 301.

EVERAERT-DUMONT D., « L'assistance aux personnes âgées : quand le dévouement devient source d'indemnisation ou de rémunération », in *LPA*, 19 novembre 2003, n°231, p. 8.

FAVIER Y., « Les échecs de l'adoption », *Informations sociales* 2/2008 (n° 146), p.122 à 13, consulté en ligne sur www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-2-page-122.htm

FENOUILLET D., « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *L.P.A.*, 24 février 2010, n°39, Paris, pp. 7-31.

-« Le lien conjugal », *L.P.A.*, 1^{er} juillet 2004, n°131, p 58.

FERREIRA DA CUNHA P., « La balance, le glaive et le bandeau », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, pp. 106-122

FISCHER J., « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », *D.* 2008, pp. 383-396.

FOLLON J., « Réflexions sur la théorie aristotélicienne des quatre causes », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 86, n°71, 1988, pp. 317-353, consulté sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0035-3841_1988_num_86_71_6508

FOSSIER T. « Un droit de la famille centré sur la parentalité », *Informations sociales* 5/2008, n° 149, p. 32 à 38, consulté sur : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-32.htm

GAUTHIER P.-Y., « L'art et le droit naturel », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, p. 206 à 218.

GEORGET V., « Contestation de paternité », *A.J. Fam.*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, pp. 21-23.

GERMAIN D., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *R.S.C.*, Juillet/septembre 2010, pp. 599-611.

GRANET-LAMBRECHTS F., « Panorama droit de la filiation », *D.*, 16 juin 2011, n°23, pp. 1585-1591.

GEURTS M., « Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le Code pénal et le Code civil », *AJ Fam.*, 2003, p. 412.

HAUSER J., « Filiation et prescription », *A.J. Fam.*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, p 29 à 33.

-« Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD civ.* 2011, p. 752.

JANAS M., « Le juge de l'application des peines : un acteur essentiel pour lutter contre la récidive », *AJ pénal*, 2005, p. 347, consulté en ligne sur <http://dalloz.fr> le 18 août 2009.

JESTAZ Ph., « A propos de Phèdre, prosaïques réflexions de juristes », *R.T.D civ.* Janvier/Mars 2011, p. 75 à 85.

KAPOSI D., « Indifférence et liberté humaine chez Descartes », *Revue de métaphysique et de morale* 1/2004 (n° 41), p. 73 à 99, consulté sur www.cairn.info/revue-de-metaphysique-et-de-morale-2004-1-page-73.htm

KELLERHALS J., LANGUIN N., SARDI M., « Le sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines », *Droit et Société*, n°47, 2001, pp. 257-274.

LABBEE X., « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, n°334, p. 5.

LACOSTE P., BENEZECH M., « La hache et le silence. Crime passionnel, Signature autobiographique », *Écrit du temps*, n°3, 1983, pp. 151-197.

LAINGUI A., « La poésie dans le droit », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, pp. 132-144.

LANGE D., « Le conjoint de l'aliéné », *RTD civ.*, année 1984, Paris, pp. 33-68.

LAPLANCHE J., « Réparation et rétribution : une perspective psychanalytique », *A.P.D*, Tome 28, *Philosophie pénale*, 1983, pp. 109-121.

LAVRIC S., « Adoption définitive de la proposition de loi sur l'inceste », *Actualité*, 29 janvier 2010.

LE BOURSICOT M.-Ch., « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *R.L.D.C*, n°69, mars 2010, pp. 35-40.

LE MEUR C., « Littérature et droit, Quelques réflexions », *A.P.D*, Tome 46, Paris, 2002, pp. 443-470.

LECUYER H., « Divorce et responsabilité civile : la difficile articulation du droit commun et du droit spécial », *D. Fam.*, Janvier 2001, commentaire n°5, p 20 et 21.

-« Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* Septembre-octobre 2010, étude 12832, pp. 2642-2646.

-« Une responsabilité déresponsabilisante », *Dr Fam* 1997, n°3, Repères, p.3.

LENOBLE R., « Le rôle du contact affectif dans la connaissance rationnelle », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, pp. 101-120.

LEVASSEUR G., « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », *A.P.D*, Tome 20, Paris, 1975, pp. 57-70.

LOPEZ G., « La violence dans le couple : aspects psychologiques », *AJ Fam.*, 2003, p. 416.

MAESSCHALCK M., « Le "moment fichtéen" en théorie de l'action et du sujet. Enjeux actuels du fichtéanisme », *Revue philosophie de Louvain, Vie et histoire comme « affections fondamentales »*, *Actualité et réception de l'idéalisme allemand*, Tome 111, n°2, mai 2013, pp. 233-265.

MARTIN P.-M., « Le législateur et les liens affectifs, Réflexions autour de l'article 63, alinéa 2, de la loi du 6 juin 1984 », *L.P.A*, 21 octobre 1985, n°126, pp. 15-23.

MAYAUD Y., « Les malades mentaux entre non imputabilité et imputation », *AJ Pénal*, 2004, p. 303.

MELIN Ph., « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », *Gaz. Pal.* du 19 et du 20 avril 2002, n°109 à 110, pp. 2-15.

MEMETAU G., « La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale », *Gaz. Pal.*, 1^{er} août 1978 pp. 400-403.

MEZARD A., « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *AJ Fam.*, 2003, p. 410.

MOUSSERON P., « Les immunités familiales », *Rev. Sc. Crim.* 1998, p. 299.

NAST M., « L'abandon de famille, Loi du 23 juillet 1942 », *Dalloz recueil critique*, 1943, pp. 14-19.

NAUCKE W., « Philosophie pénale contemporaine et réparation civile », *A.P.D*, Tome 28, 1983, pp. 1-15.

NIERINCK Cl., « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997, I, 4067
-« L'irrévocabilité de l'adoption en question », *RD sanitaire et social*, 2006, p. 1076.
-« Profession : Assistante maternelle », *L.P.A*, 21 février 2000, n°36, p. 6 et s.

PAPAUX A., « Un droit sans émotions. *Iram non novit jus*: esquisse des rapports entre sciences et droit », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLVII-144 | 2009, mis en ligne le 01 mai 2012, <http://ress.revues.org/70>

PARAIN-VIAL J., « La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste ? », *A.P.D*, Tome 28, *Philosophie pénale*, 1983, pp. 141-154.

PEREIRA B., « Non imputabilité », *Répertoire de droit pénal*, Yves Mayaud (dir.), n°312 et s.

PERRIN S., « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, pp. 23-26.

PEYREFITTE L., « Considérations sur la règle « Aliments ne s'arrangent pas » », *RTD civ*, 1968, pp. 286-308.

PHILIPPE C., « Quel avenir pour la fidélité ? », *D. Fam.* n°5, mai 2003, chron. n°16.

PHILONENKO A., « Le juste et le beau chez Kant », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, pp. 56-63.

PICOD Y., « Conscience et responsabilité pénale », *Revue de Droit pénal et de criminologie*, Juillet-Août 2000, pp. 1001-1013.

PIERI G., « Obligation », *A.P.D*, Tome 35, 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, pp. 221-231.

- « Remarques sur le peine dans la mythologie grecque », *A.P.D*, Tome 28, *Philosophie pénale*, 1983, pp. 67-77.

PIRENNE-DELFORGE V., « La maternité des déesses grecques et les déesses-mères : entre mythe, rite et fantasme », *Clio, Histoire, femmes et sociétés*, n°21, 2005, pp. 129-138.

PLANQUE J.-Cl., « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.* 19 avril 2012, n°110, p. 13.

PONCELA P., « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : Une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *La responsabilité*, *A.P.D*, Tome 22, 1977, pp. 131-142.

RAGOUCY Ch., « L'oblativité: premières controverses », *Psychanalyse*, 2007/1, n°8, pp. 29-41. Consulté en ligne sur <http://www.cairn.info/revue-psychanalyse-2007-1-page-29.htm>

RALINCOURT J., « Réflexions sur l'article 339 du Code civil », *J.C.P G.* 1958, I, p. 1442.

RIQUIER C., « Bergson et le problème de la personnalité : La personne dans tous ses états », *Les études philosophiques*, Personne et Ipséité, P.U.F, Avril 2007, pp. 193-214.

ROCHE-DAHAN J., « Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles », *RTD civ.*, 2000, p. 735.

ROCHFELD J., « Contrat, Responsabilité, Parenté : un mélange détonant », *RTD civ*, avril-juin 2006, pp. 395-402.

ROCHLITZ R., « Critériologie du juste et du beau », *Droit et esthétique*, *A.P.D* Tome 40, Paris, 1995, pp. 64-75

ROLIN F., « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDSS*, n°1, janvier-février 2007, pp. 38-46.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *R.T.D civ.*, n°90 (4), Octobre-décembre 1991.

RUYER R., « L'expressivité », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°1-2, 1955, pp. 69-100.

SAFATLE V., « L'amour est plus froid que la mort. Négativité, infinitude et indétermination dans la théorie hégélienne du désir », *Revue philosophie de Louvain, Vie et histoire comme « affections fondamentales »*, *Actualité et réception de l'idéalisme allemand*, Tome 111, n°2, mai 2013, pp. 361-387.

SAINT-PAU J.-C., « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Responsabilité civile et assurances*, n°5, mai 2013, dossier 23.

SAVATIER R., « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1964, 454 p.

SEIGNEURIE A.-S., LIMOSIN F., « Dénis de grossesse et néonaticide : aspects cliniques et psychopathologiques », *La revue de médecine interne*, 33 (2012), pp. 635-639.

SEVELY C., « Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité », *Revue de Science Criminelle*, 2005, p. 483, consulté en ligne sur <http://dalloz.fr> le 13 janvier 2013.

SIFFREIN-BLANC C., « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », *R.T.D civ.*, 2011, p. 479.

SINAY-CYTERMANN A., « Enrichissement sans cause et communauté de vie. Incidences de la loi du 10 juillet 1982 », *D.* 1983, I, Chronique XXIX, pp. 159-164.

TAPINOS D., FRAISSE S., « Le préjudice exceptionnel d'acte intrafamilial », in *Gaz. Pal.* 25 février 2014, n°56, p. 14.

TERRE D., « Aspects de la pensée morale au début du XXI^{ème} siècle », *A.P.D.*, n° 46, 2002, p. 365 à 378.

TERRE F., « Propos sur la responsabilité civile », *A.P.D., La responsabilité*, Tome 22, 1977, pp. 37-44.

THOMAS Y.-P., « Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », *La responsabilité*, A.P.D Tome 22, Paris, 1977, pp. 63-83

TRIGEAUD J.-M., « L'argent ou la justice aux enfers », in *Corps Ecrit*, Paris, PUF, 1987-22, pp. 19-30

-« Un crash métaphysique ou l'impasse nihiliste du principe utilitariste de raison suffisante », in *Thèmes*, II, 2015, mise en ligne le 23 avril 2015, <http://philosophiedudroit.org>

- « Le droit dans la perspective d'une connaissance métaphysique », *Droits*, n°6, La représentation, 1987, pp. 117-129.

-« Identité de la femme et perspectives familiales, Du juste au féminin », *Persona ou la justice au double visage*, Gênes, 1990, pp. 243-287.

-« Justice et fidélité dans les contrats », in *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, pp. 167-188.

-« Le mythe du héros et l'esthétique de la justice », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, pp. 34-55.

-« La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres », 2011

-« La personne et sa représentation ou l'illégitimité de son double », *Filosofia Oggi*, n°137-138, juin-juillet 2012, p. 13-26.

-« La personne n'est pas un projet, Réponse éthique et juridique au professeur Axel Kahn à propos de la naissance d'un « bébé-médicament » », 2011, 7 p.

-« Personne, responsabilité et droits de l'homme. Une mise au point », *Filosofia dei Diritti Umani*, Semeja Editore, Mars-Avril 2013, pp. 29-34.

-« Philosophie politique et philosophie du droit », *Revista Brasileira de filosofia*, fasc. 159, 1990, pp. 205-218.

-« Promesse et appropriation du futur », *Essais de philosophie du droit*, Gênes, 1987, pp. 189-202.

-« Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexion de synthèse », Revue trimestrielle *Fides Quaerens*, Naples 2010, 9 p.

-« Rosmini, Portalis et l'union des sexes dans le code civil français », in *Droits premiers*, Bordeaux, Éditions Bière, 2000, pp. 121-134.

TUSKE J., « The Concept of Emotion in Classical Indian Philosophy », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, first published Tuesday March 1, 2011, <http://plato.stanford.edu/entries/concept-emotion-india/>

VALLANCON F., « Le philosophe scythe ou Ars imitatur naturam », *Droit et esthétique*, A.P.D Tome 40, Paris, 1995, pp. 144-157.

VERDIER P., « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ Famille*, 2003, p.92.

VERHAEGEN J., « Faute pénale et faute civile », *A.P.D, Philosophie pénale*, Tome 28, 1983, pp. 17-28.

VIAL G., « Rôle du ministère public en matière de filiation », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, pp. 34-37.

VIGANOTTI É., « Modes d'établissement de la filiation », *A.J. famille*, janvier 2012, n°1, Dossier spécial filiation, pp. 12-17.

VILLEY M., « Esquisse historique sur le mot responsable », *A.P.D*, Tome 22, 1977, pp. 45-58.

WALDENFELS B., « Normalité et normativité entre phénoménologie et structuralisme », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 2005/1, n°45, pp. 57-67.

WESSEL J., GAURUDER-BURMESTER A., GERLINGER Ch., « Denial of pregnancy. Characteristics of women at risk », *Acta Obstetrical et Gynecologica Scandinavica*, 2007, 86-5, pp. 542-546.

WESTER-OUISSE V., « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.*, 2010, p. 419.

WINNICOTT D.W., « Les écueils de l'adoption », in *L'enfant et le monde extérieur*, Paris, Payot, 1957, p. 65 à 72.

-« L'état de dépendance dans le cadre des soins maternels et infantiles et dans la situation analytique », in *Les processus de maturation chez l'enfant*, Paris, Payot, 1974, p. 255.

6. Principales jurisprudences citées (par ordre chronologique)

Crim. 30 novembre 1810, B. C. n°154.

Cass, section criminelle, 9 avril 1825, *Boisboeuf*, Bull 1825, p.205.

Cass, section criminelle, 2 février 1827, *Blanc*, Bull 1827, p.65.

Cass, section criminelle, 7 mai 1851, *Bellaud*, Bull 1851, p.274.

Crim 11 avril 1908, DP 1908, I, 261, rapp. MERCIER, S. 1909, I, 473, note ROUX.

Paris, 17 mai 1935, S., 1936 2, 20.

Civ 1^{ère}, 12 février 1960, *Caraty*, J.C.P G 1960, II, 11 689, obs. SAVATIER.

Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1965, JCP G, II, 11462.

Rennes, 26 juin 1974, Gaz. Pal., 15 mai 1975, pp. 335-336.

Civ. 2^{ème}, 12 juin 1975 et 27 novembre 1975, JCP G, 1976, II, 18444, obs. LARROUMET.

Civ. 1^{ère}, 5 mai 1976, Bull Civ I, 159, p.126.

Civ. 1^{ère}, 4 mars 1981, Bull Civ I, 81, p.68.

Aix, 15 septembre 1982, D. 1984, II, 267, note ATIAS et SERIAUX.

Civ. 1^{ère}, 26 octobre 1982, JCP G, 1983, II, 19992.

CEDH, 28 mars 1985, *Abdoulaziz c/ Grande Bretagne*.

Paris, 13 février 1986, Gaz. Pal., 17 avril 1986, p. 216.

Civ. 2^{ème}, 8 octobre 1986, Bull. civ. II, n°144.

Civ 1^{ère}, 21 juillet 1987, D. 1988, p. 225, note MASSIP.

Civ. 1^{ère}, 6 décembre 1988, Bull Civ I, 348, p.236.

Poitiers, 24 janvier 1990.

Civ 1^{ère}, 10 juillet 1990, D. 1990, p.517, note HUET-WEILLER.

Bordeaux, 2 juin 1992, D. 1993, p.163, note GRANET-LAMBRECHTS.

Cass. crim., 11 juillet 1994, n° 1994-002981; Bull. crim. 1994 n° 269; JCP G 1995, II, 22441, note EUDIER; Dr. pén. 1994, comm. 259, obs. VERON.

Civ.1^{ère}, 12 juillet 1994, Fouret, Bull. civ. I, n°250, D. 1995, jur., p. 623, obs. TCHENDJOU ; Defrénois 1994, article 35950, p. 1511, obs. SAVATIER ; J.C.P. 1995. I. 3876, n°4, obs. LE GUIDEC.; J.C.P. 1995. II. 22425, note SERIAUX. ; R.T.D. Civ. 1995, p. 373, obs. MESTRE. et p. 407, obs. PATARIN.

Bordeaux, 15 novembre 1994, RTD civ 1995, obs. HAUSER.

CEDH, 9 février 1995, *Welch c/ Royaume-Uni*,

TGI Toulouse, 30 octobre 1995, n°301095

TGI Paris, 21 novembre 1995, *RTD civ.* 1996, 138, obs. HAUSER.

TGI Lille, 6 mai 1996, D. 1997, Jur. p.543, note LABBEE.

Crim. 11 juin 1996, n°95-82.778, D. 1997, jur. p. 576, note AGOSTINI, et obs. AUDIT, p. 286.

Civ.1^{ère}, 5 novembre 1996, D. 1997, p.157, obs. F. GRANET ; RTD civ. 1997, p.111, obs. HAUSER.

Bordeaux, 19 novembre 1996, D. 1997, II, 524, note GARE ; Dr. Fam, 1997, n°60, obs. LECUYER ; RTD civ. 1997, 403.

Limoges, 21 novembre 1996, *Dr Fam* 1997, 136, obs. MURAT.

TGI Paris, 2 septembre 1997, L.P.A, 16 novembre 1998, n°137, p.12, HENAFF.

Lyon, Ch. Acc., 28 mars 1997, Revue sc. Crim. 1997, p. 636, obs. MAYAUD.

Pau, 10 juillet 1997, *RTD civ.* 2000, 310, obs. HAUSER.

Bordeaux, 17 novembre 1997, *JCP* 1998, I, 151, n°9, obs. FAVIER.

Cass crim. 4 février 1998, D. 1999, Jur. p.445, note BOURGAULT-COUDEVYLLÉ ; R.S.C juillet-septembre 1998, p.579, obs. DINTILHAC ; RTD civ. 1999, p.64, obs. HAUSER.

Cass. Crim, 25 mars 1998, JCP G, II, 10 162, note HUYETTE ; RTD civ. 1998, obs. JOURDAIN.

TGI Tulle, 10 avril 1998, D. 1998, IR, p.146.

Dijon, 9 juin 1998, D. 2000, p.168, obs. HENNERON.

Civ 1^{ère}, 16 juin 1998, J.C.P G 1998, 10 157, note GUTMANN.

Crim., 21 octobre 1998, n°98-83.843, D. 1999, p.75.

Paris, 1^{ère} ch. B, 25 juin 1999, D. 1999, IR, p.226.

Paris, 23 septembre 1999, RTD civ. 2000, 546, obs. HAUSER.

TGI, Poitiers, 1^{ère} ch. civ. 15 novembre 1999, n°00-186, Bull. civ 1999, n°1294.

Crim. 14 décembre 1999, n°98-82.980, D. 2000, p. 46.

Caen, 1^{ère} ch. sect. civ. 7 novembre 2000, Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions c/ Mlle F : juris-data n°135114, J.C.P G, 2002, II, 10 001, note SERIAUX, p.31.

Paris, 22 janvier 2001, Gaz. Pal., 11 décembre 2001, n°345, p. 26.

Crim. 10 mai 2001, *Bull. Crim.* n° 116; *Dr. pénal 2001*. p. 110, obs. VERON; *RSC 2001*, p. 808, obs. MAYAUD.

Civ 1^{ère}, 29 mai 2001, JCP G, 2002, I, Chronique 103.

Cass. crim., 17 octobre 2001, n° 2001-011590 ; *Bull. crim.* 2001, n° 214 ; JCP G 2001, IV, 2992.

TGI Lille, 5 juin 2002, *in D. Fam.* n°5, mai 2003, com. n°57. BEIGNIER ; HAUSER, *in RTD civ.* n°2, mai Avril/Juin 2003, chron. n°8.

CEDH, 22 juin 2004, Pini et Bertrani et Manera et Atripaldi c/ Roumanie, Dr Fam, septembre 2004, n°41, décembre 2004, n°30, GOUTTENOIRE, SALVAGE-GEREST.

Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005.

Grenoble, Ch. urg. 29 juin 2005, G.G c/ G.G, n°2005-288046, *Resp. civ. et ass.*, février 2006, *Comm.* 48, RADE, p.9.

TGI Reims, 19 juillet 2005, n°2005-281292. *Dr. Fam.* n°12, décembre 2005, *comm.* 283, VIGNEAU.

CEDH, B. et L. c/ Royaume-Uni, 13 septembre 2005, RTD civ. 2005, 758, obs. HAUSER ; *Dr. Fam.* 2005, *comm.* 234, GOUTTENOIRE et LAMARCHE.

Paris, 1^{ère} ch. C, 23 février 2006, RTD civ. 2006, p.295, HAUSER.

Montpellier, 1^{ère} ch. C, 28 mars 2006.

Montpellier, 1^{ère} ch. C, 17 mai 2006, n°05/4252 et n°05/4380.

Paris, 1^{ère} Ch. C, 28 septembre 2006, *A.J Famille* 2006, p.426, note CHENEDE.

Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2006, *AJ Famille*, 2006, p.418, obs. CHENEDE ; RTD civ. 2007, p.98, obs. HAUSER.

Nancy, 26 février 2007, JCP 2008, IV, 1270 ; RTD civ. 2008, p.283, HAUSER.

Nîmes, 21 mars 2007, RTD civ. 2008, p.91, obs. HAUSER ; *Dr. Fam.* 2007, n°189, obs. MAUGER-VIELPEAU ; *D.* 2007, p.2587, note LAMOUREUX.

Civ.2^{ème}, 12 juillet 2007, RTD civ. 2008, p.91, obs. HAUSER ; Dr. Fam. 2007, n°9, comm. ROUXEL.

Douai, Ch. 7, sect. 1, 8 novembre 2007.

Crim, 13 novembre 2007, A.J Pénal, 2008, n°2, p.88, note ROYER.

Crim, 14 novembre 2007, n°07-82.527, Droit Pénal n°2, Février 2008, Comm. 16, VERON,
Paris, 1^{ère} Ch. C, 29 décembre 2007, JCP 2008, IV, 1226 ; RTD civ. 2008, p.283, HAUSER,
Cass. Crim, 8 janvier 2008, LPA, 3 juin 2009, n°110, pp. 7-20.

Civ.1^{ère}, 2 avril 2008.

Bordeaux, 6^{ème} ch. civ., 7 avril 2008, (RG n°07/04444), in *LPA*, 3 juin 2009, n°110, pp. 14-16.

Cass. Crim. 9 avril 2008, n°07-88601.

Orléans, 29 avril 2008, n°07/02120.

Limoges, ch. civ., 1^{ère} sect., 7 juillet 2008, (RG n°07/01158), in *LPA*, 3 juin 2009, n°110, pp. 12-14.

Douai, 7^{ème} ch. sect. 1, 13 novembre 2008.

Civ. 1^{ère}, 5 et 19 novembre 2008, Marlène BURGARD, in *L.P.A*, 5 février 2009, n°26, pp. 16-23.

Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, D. 2009, p.773 ; RTD civ. 2009, p.105.

Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, n°08-10538.

Paris, 24^{ème} ch. sect. C, 15 janvier 2009, n°08-07520, in *Dr Fam.* 2009, comm. 54, Obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

Bourges, ch. civ. 16 avril 2009.

Reims, ch. civ. 17 avril 2009.

Versailles, 1^{ère} ch., 8 octobre 2009.

Fort-de-France, 9 octobre 2009.

Aix-en-Provence, Ch. 06 B, 17 décembre 2009.

Paris, Pole 3, ch. 5, 18 mars 2010, n°09-05558.4.

Décision n°2010-2, QPC du 11 juin 2010, L.P.A, 29 juillet 2010, n°150, p.4, note HAMON ; D 2010, p.1976, note VIGNEAU ; D. 2010, p.1980, note BERNAUD et GAY ; Gaz. Pal, 14 octobre 2010, n°287, p.12, obs. ROBERT et MAHE.

Civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, R.L.D.C, septembre 2010, n°77, p.48 ; L.P.A, 22 octobre 2010, n°211, p.8.

Civ.1^{ère}, 8 juillet 2010.

Amiens, Ch. de la famille, 15 septembre 2010.

Cass crim. 23 septembre 2010, n°09-82438 et 09-84108, in L.P.A, 01 juin 2011, n°108, POMART-NOMDEDEO, p.13 à 17 ; L.P.A, 30 décembre 2010, n°260, CAYOL, pp.9-14.

Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°09-17.130, *Bull. civ I*, n°70 à 72.

Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n°08-21864, in *Gaz. Pal.*, 3-4 aout 2011, « Famille biologique, famille logique ? », PIERROUX, pp. 7-10.

Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n°08-20.475, *Bull. civ. I*, n°116, p. 113 ; D. 2011, 1757, obs. SIFFREIN-BLANC; *Dr Fam* 2011, 150, note NEIRINCK; *RTD civ* 2011, 524, obs. HAUSER ; *Defrénois* 2012, 139, note COUDOING ; *LPA* 11 juillet 2012, 7, obs. PICHARD

Cons. Const. 16 septembre 2011, Q.P.C. n°2011-163, D. 2011, 2823, obs. ROUJOU DE BOUBEE, GARE, MIRABAIL et POTASZKIN ; *AJ. Pénal* 2011, 588, obs. PORTERON.

Civ 2^{ème}, 6 octobre 2011, n°10-16685.

Orléans, Ch. de la famille, 22 novembre 2011.

Civ.1^{ère}, 15 février 2012.

Cons. Const. 17 février 2012, Q.P.C. n°2011-222, D. actualité, 28 février 2012, FLEURIOT.

Lyon, 19 mars 2012, n°010/03311.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2012, n°11-10.393, in *AJ Famille*, 2012, p.354.

Bordeaux, 6^{ème} ch. civ, 10 avril 2012.

TGI Arras, 17 juillet 2012.

Civ 1^{ère}, 12 septembre 2012, n°11-12140 ; *juris-Data* n°2012-023264, *JCP G* 2012, 1166, obs. MASSIP.

CEDH, 25 septembre 2012, Godelli c/ Italie, in *Revue Lamy Droit Civil*, LE BOURSICOT.

Cass. crim. 6 novembre 2012, n°11-86.857, *Resp. civ. et ass.* n°2, février 2013, étude n°2, MORACCHINI-ZEIDENBERG.

CA Assises de la Somme, 16 novembre 2012, n°02-001385.

Amiens, 4 juillet 2013, n°13-01161.

Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, D. 2014, 179, obs. C de la Cour, note CHENEDE ; *ibid.* 153, point de vue FULCHIRON ; *ibid.* 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014, 124, obs. THOURET ; *ibid.* 2013, 663, point de vue CHENEDE ; *RTD civ.* 2014, 88, obs. HAUSER.

Assises du Doubs, 20 décembre 2013, n°29.

Assises du Doubs, 28 mars 2014, n°05.

Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-22.591, D. 2014, p. 2058.

Assises du Cher, 17 octobre 2014.

Rennes, 25 novembre 2014, n°14/04384.

Assises de l'Hérault, 9 mars 2015.

Table des matières

<i>Remerciements</i>	2
<i>Liste des principales abréviations</i>	3
<i>Avertissements</i>	4
<i>Sommaire</i>	5

INTRODUCTION..... 6

Section I. Délimitation et contenu de l'élément affectif	11
<i>Sous-section I. définition de l'affect comme élément isolable</i>	12
Paragraphe 1. Affect et valeur, remarques préliminaires.....	12
Paragraphe 2. Premiers critères de l'élément affectif.....	13
<i>Sous-section II. Esthétique héroïque de celui qui affectionne.</i>	17
Section II. Relation entre affect familial et responsabilité juridique	19
<i>Sous-section I. Famille et responsabilité : l'éclairage affectif</i>	19
Paragraphe 1. La famille comme lien et la prohibition de l'inceste	20
Paragraphe 2. La responsabilité dans la famille	24
<i>Sous-section II. Valeur juridique de l'élément affectif : la responsabilité familiale.</i> 27	
Section III. hypothèses principales	37

PREMIERE PARTIE : L'AFFECT MOTEUR DE LA RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE 43

TITRE 1. IMPLICATION DE L'AFFECT DANS LA RESPONSABILITE FAMILIALE 45

<i>Chapitre 1. Potentialité de l'affect dans la responsabilité familiale</i>	47
Section I. Affect et mise à distance de la rationalité	49
<i>Sous-section I. Elément affectif et volonté</i>	50
Paragraphe 1. La césure de l'affect et de la volonté	51
I. L'affect comme sensation	51
II. L'affect comme passivité.....	54
Paragraphe 2. La réconciliation fichtéenne en demi-teinte.....	57
I. Fichte et l'affection « voulue »	58
II. Dépassement des théories de Fichte et conciliation de l'affect et de la volonté .	61
<i>Sous-section II. Elément affectif et liberté</i>	62
Paragraphe 1. Opposition réductrice de l'affect et de la liberté	63
I. Deux manières de résoudre l'opposition de l'affect et de la liberté	64
II. L'affect comme principe d'action permettant la liberté	68
Paragraphe 2. Réduction de la portée de l'opposition entre affect et liberté	72
I. Une opposition fondée sur une définition restreinte de ses termes	73

II. La présence potentielle d'un devoir affectif.....	74
Section II. Affect et relations de la responsabilité juridique et de la	
responsabilité morale	77
<i>Sous-section I. La gratuité de l'affection et le coût de son atteinte</i>	<i>78</i>
Paragraphe 1. L'impossible compte de l'élément affectif dans l'évaluation du mal commis	79
Paragraphe 2. La nécessaire prise en compte de l'affect au fondement même des responsabilités juridique et morale.....	82
<i>Sous-section II. La gratuité de l'affection et le coût de son imputation.....</i>	<i>84</i>
Paragraphe 1. L'affect, la causalité et l'imputation dans l'ordre de la responsabilité juridique	85
I. L'élément affectif dans le rattachement de l'acte à son auteur	85
II. L'élément affectif dans le rattachement de l'acte à la responsabilité	88
Paragraphe 2. distinction de l'imputabilité morale et de l'imputabilité juridique	91
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	<i>94</i>
<i>Chapitre 2. Actualité de l'affect dans la responsabilité familiale.....</i>	<i>96</i>
Section I. Les disparitions de la responsabilité au nom de la supériorité de	
l'affect sur la norme.....	97
<i>Sous-section I. Les immunités familiales et la valorisation d'un affect supérieur.</i>	<i>98</i>
Paragraphe 1. Les immunités familiales entre paix des familles et valeur positive de l'élément affectif	99
I. Paix des familles et valorisation d'un affect tronqué dans les immunités relatives aux atteintes aux biens	100
II. Paix des familles et valorisation d'un affect concret dans les immunités fondées sur la protection d'un proche.....	104
Paragraphe 2. Les immunités familiales entre obstacle de fond et obstacle de forme à la condamnation de l'infraction	107
<i>Sous-section II. Les responsabilités inconcevables : l'exemple de l'abandon. ...</i>	<i>110</i>
Paragraphe 1. Mise en perspective du rejet de principe d'une faute parentale dans l'abandon	112
I. Principe de l'absence de faute dans l'abandon sans exposition ou mise en danger de l'enfant.....	113
II. Réapparition de la faute dans la déclaration judiciaire d'abandon.....	117
Paragraphe 2. La disparition de l'élément affectif cause matérielle de la déclaration judiciaire d'abandon.....	121
I. Référence explicite à l'affection dans la mise en œuvre de la déclaration judiciaire d'abandon	122
II. Diversité des formes de l'abandon judiciairement déclaré	123
Section II. Les présences de la responsabilité au nom d'une supériorité de la	
norme sur l'affect.....	127
<i>Sous-section I. La présence d'une logique de responsabilité dans le couple.....</i>	<i>128</i>
Paragraphe 1. Les renouvellements du débat sur la nature de l'engagement conjugal	129
I. L'ambivalence du rôle de la volonté dans l'engagement conjugal source de responsabilité.....	130
II. L'ambivalence du rôle de la volonté dans le respect des devoirs conjugaux sources de responsabilité : des devoirs aux obligations	133
Paragraphe 2. Théories du mariage du droit naturel moderne et affaiblissement du sens de l'engagement.....	135

I.	Origine des ambivalences de l'engagement conjugal dans le jusnaturalisme moderne.....	135
II.	Développements des ambivalences de l'engagement conjugal : la question de la singularité de l'union maritale.....	138
	<i>Sous-section II. La présence d'une logique de responsabilité dans les liens consanguins</i>	141
Paragraphe 1.	Les sanctions des comportements anormaux dans la famille par la reconnaissance d'indignité.....	144
Paragraphe 2.	Les sanctions alimentaires des dommages entre consanguins ..	147
I.	L'application stricte de la rétroactivité de l'obligation alimentaire.....	148
II.	L'utilisation sanctionnatrice de l'action à fins de subsides.....	153
	<i>Conclusion du chapitre 2</i>	157
	CONCLUSION DU TITRE I	159
	TITRE 2. EFFICIENCE DE L'AFFECT DANS LA RESPONSABILITE FAMILIALE	161
	<i>Chapitre 1. La responsabilité familiale comme engagement</i>	164
	Section I. L'engagement conjugal troublé par un élément affectif abstraitement observé	167
	<i>Sous-section I. La désinstitutionnalisation matérielle de l'engagement marital</i>	169
Paragraphe 1.	Désinstitutionnalisation relative des devoirs des époux	170
Paragraphe 2.	L'exemple du critère de la stabilité de l'union : désinstitutionnalisation sans contractualisation	172
	<i>Sous-section II. Nouvelle institutionnalisation formelle de l'engagement marital</i>	174
	Section II. l'engagement filial sauvé par un élément affectif concrètement observé	176
	<i>Sous-section I. La responsabilité du père biologique dans l'absence ou le retard de l'établissement de la filiation</i>	177
Paragraphe 1.	La responsabilité découlant d'une reconnaissance tardive	178
I.	La responsabilité de l'ascendant dans la reconnaissance tardive de son enfant	179
A.	Nature de la faute du père établissant tardivement la filiation de son enfant	180
B.	Nature du préjudice de l'enfant dont la filiation est tardivement établie	181
II.	La responsabilité du descendant dans l'annonce tardive de son adoption simple	183
Paragraphe 2.	La responsabilité découlant d'un refus d'établir sa parenté par le père biologique connu	185
I.	Principe de la liberté dans l'établissement de la paternité et fondements	187
A.	Conception volontariste de l'établissement de la filiation	187
B.	Critique de la conception volontariste	189
II.	Valeur des exceptions et recherche d'une unité par le critère de la connaissance	190
A.	Appréciation in concreto et exception au principe.....	190
B.	Appréciation in concreto et cohérence du système de la liberté et de l'engagement d'une responsabilité.....	193
	<i>Sous-section II. L'engagement problématique de la responsabilité de la mère biologique inconnue</i>	194
Paragraphe 1.	Rappel du principe et exposé des enjeux	195
I.	Père connu et mère inconnue : distinction fondamentale des situations	196
II.	Le sens des origines en question	197
Paragraphe 2.	Remise en cause du principe et responsabilité prospective	199
I.	Impossible balance des intérêts entre la mère et l'enfant.....	199

II. Conciliation de la liberté de la mère et de la responsabilité parentale comme engagement.....	201
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	203
<i>Chapitre 2. La responsabilité familiale comme réponse</i>	205
Section I. Fondement affectif d'une responsabilité conjugale	207
<i>Sous-section I. Classification des critères de la responsabilité dans le couple</i> ...	207
Paragraphe 1. Critères des responsabilités contractuelle et délictuelle dans le couple	209
I. Responsabilité contractuelle et quasi contractuelle dans le couple : responsabilité et gratuité.....	210
A. Support affectif propre à l'engagement d'une responsabilité contractuelle	210
1. Application des règles de la solidarité et affaiblissement de la portée de la responsabilité contractuelle.....	211
2. Responsabilité contractuelle et détermination d'un « seuil » de gratuité.....	212
B. Support affectif propre à l'engagement d'une responsabilité quasi-contractuelle.....	213
1. Ambivalence de l'élément affectif : donation matériellement causée et enrichissement sans cause	213
2. Affection et proportionnalité.....	216
II. Responsabilité délictuelle dans le couple : responsabilité et pardon	218
A. Distinction contestable des domaines des articles 266 et 1382 du Code civil	219
1. La question de la pertinence de la règle spéciale.....	219
2. La question de l'application de la règle générale	221
B. Critères de l'engagement de la responsabilité délictuelle de droit commun dans le couple	224
1. Appréciation de la faute spécifique.....	225
2. Appréciation d'un préjudice spécifique.....	226
Paragraphe 2. Lecture de la classification des critères de la responsabilité dans le couple	228
I. L'erreur et la faute dans le comportement des époux	229
II. Sens spécifique de l'erreur dans la responsabilité conjugale	230
<i>Sous-section II. la responsabilité normative et la normalité de la responsabilité dans le couple</i>	232
Paragraphe 1. Rappel des définitions de la normalité.....	233
I. Le normal neutre	233
A. le normal et la moyenne	234
B. Le normal et le naturel.....	235
II. Le normal et le normatif	237
Paragraphe 2. Le problème de la normalité dans le couple comme rapport humain fondamental.....	238
I. Retour de la règle à la valeur.....	239
II. Retour du fait affectif sur le fait dogmatique	240
Section II. Fondement affectif d'une responsabilité filiale née de la dissociation du lien biologique et du lien légal	243
<i>Sous-section I. la responsabilité du parent biologique dans la remise en cause d'une filiation légale conforme</i>	245
Paragraphe 1. La contestation abusive de la filiation par le parent biologique	245
Paragraphe 2. La perturbation dommageable de la filiation par le parent biologique	248
I. Vérification in concreto de l'adéquation du comportement parental à l'existence d'un affect présumé	249
II. Glissement de l'appréciation in concreto de l'affect à la constatation abstraite d'une volonté.....	251
<i>Sous-section II. La responsabilité du parent légal dans la contestation d'une filiation non conforme à la biologie</i>	252
Paragraphe 1. Responsabilité et procréation médicalement assistée.....	253

I. Ambivalence du regard du droit positif sur l'établissement de filiations non conformes à la biologie	253
B. La revalorisation parallèle de la volonté.....	256
II. Le problème de la responsabilité de celui qui n'établit pas la filiation de son enfant issu d'une procréation médicalement assistée.....	260
A. Valeur du consentement : la question de l'engagement envers l'enfant à naître.....	260
B. Critique de l'absence de reconnaissance automatique.....	264
Paragraphe 2. Responsabilité du parent légal et contestation de reconnaissance mensongère	265
I. la recevabilité de l'action en contestation d'une filiation par celui qui l'a fausement établie.....	266
A. Appréciation d'opportunité de la recevabilité de l'action	266
B. Appréciation technique de la recevabilité de l'action	269
II. Le problème du sens de la responsabilité engagée contre l'auteur d'une reconnaissance mensongère qui la conteste	271
A. Les hésitations jurisprudentielles quant au fondement d'une telle responsabilité.....	272
B. Cause matérielle affective et cohérence du régime.....	277
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	285
CONCLUSION DU TITRE II	287
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	289
SECONDE PARTIE : L'AFFECT PERTURBATEUR DE LA RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE	291
TITRE 1. LES DEREGLEMENTS DE L'AFFECT ET DE LA RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE	293
<i>Chapitre 1. Responsabilité dans les violences familiales et banalisation de l'affect</i>	295
Section I. Les violences incestueuses : l'élément affectif comme objet dévoyé du droit de la responsabilité	297
<i>Sous-section I. L'inceste, de la violence au viol incestueux</i>	297
Paragraphe 1. Le sens de la violence incestueuse	299
I. Les lacunes perceptives de l'inceste sous l'angle de la contrainte ordinaire	301
II. Illustration jurisprudentielle de la violence incestueuse comme dérèglement de l'affect.....	303
Paragraphe 2. Le sens de la sanction pénale de la violence incestueuse	308
I. La fonction ambivalente du droit de la responsabilité à l'égard de la victime d'inceste.	308
A. Positionnement du problème : l'impossible réparation de l'inceste.....	309
B. L'inceste comme atteinte à une personne avant d'être une atteinte au groupe familial	310
II. De l'inceste aux incestes : qualification juridique abstraite et situations incestueuses	313
A. L'existence de l'inceste sans consanguinité en question.....	314
1. L'inceste entre alliés.....	315
2. L'inceste dans une relation de « parentalité ».....	320
B. L'existence de l'inceste sans dissymétrie apparente du rapport en question.....	321
1. L'inceste entre mineurs consanguins	322
2. L'inceste entre majeurs consanguins	326
III. La dissolution de l'inceste dans un élément affectif dévoyé.....	327
<i>Sous-section II. La considération du préjudice de l'enfant issu d'un viol incestueux</i>	328
Paragraphe 1. La possibilité pour l'enfant issu d'un viol incestueux d'engager la responsabilité de son père.....	329

I.	Le principe de l'admission d'une action en responsabilité de l'enfant né d'un viol incestueux	330
II.	La difficile qualification des critères de la responsabilité du parent	331
Paragraphe 2.	Les éléments constitutifs de la responsabilité de l'auteur d'un viol incestueux envers son enfant	332
I.	La nature de la faute commise par le violeur incestueux à l'égard de l'enfant né de ce crime	332
A.	Spécificité de la faute du parent auteur d'un viol incestueux à l'égard de l'enfant	332
B.	Critiques de la définition de la faute tirée de la perte d'une chance pour l'enfant de faire établir sa paternité.....	334
II.	Le lien de causalité et la question du rôle de la mère	341
A.	La faiblesse de l'argument tiré de l'intervention causale de la mère dans la naissance préjudiciable de l'enfant	342
B.	L'admission contestable d'une responsabilité de l'entourage dans l'évocation « douloureuse » des circonstances de la naissance	344
III.	La nature problématique du préjudice de l'enfant issu d'un viol incestueux	346
A.	Précisions sur la personnalité juridique de l'enfant qui réclame l'indemnisation d'un préjudice lié aux circonstances de sa naissance	347
B.	Nature des préjudices identifiés	347
1.	Le préjudice issu de l'impossibilité pour l'enfant d'établir sa filiation à l'égard de son père et de sa mère	348
2.	Le préjudice issu de la naissance elle-même	354
Section II.	Les violences et maltraitements : l'élément affectif comme objet indifférencié du droit de la responsabilité.....	361
<i>Sous-section I.</i>	<i>les difficultés soulevées par l'approche de la maltraitance dans un rapport « individuel ».....</i>	<i>363</i>
Paragraphe 1.	Limites des réponses du droit positif	364
I.	Traitement judiciaire des violences conjugales	364
II.	Traitement judiciaire des violences commises entre ascendants et descendants	368
Paragraphe 2.	L'articulation délicate du droit pénal et du droit civil en matière de violences familiales	369
I.	Difficultés relatives à l'ambivalence de l'intervention judiciaire sur le membre de la famille.....	370
II.	difficultés relatives à l'intervention judiciaire dans un groupe familial	373
<i>Sous-section II.</i>	<i>Pluralité des responsabilités maltraitantes. responsabilité en chaine</i>	<i>376</i>
Paragraphe 1.	L'histoire violente répétée et l'inefficience de la responsabilité	377
I.	L'auteur actuel de la violence comme victime passée.....	377
II.	Responsabilité difficile et liberté nécessairement présumée	381
Paragraphe 2.	Responsabilité inefficace des témoins familiaux	383
I.	Fondements possibles de la responsabilité des membres de la famille spectateurs de la violence.....	384
II.	Perspectives d'une forme de solidarité familiale.....	389
A.	Rôle de l'affect dans la formation du jugement du spectateur « partial »	389
B.	Du secret de la maltraitance au silence responsable	395
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	<i>399</i>
<i>Chapitre 2.</i>	<i>Responsabilité dans les crimes passionnels et caractère exorbitant de l'affect.....</i>	<i>401</i>
Section I.	Fausse affection et typologie des crimes dits passionnels	403
<i>Sous-section I.</i>	<i>Diversité et unité du crime passionnel : le lien comme limite.....</i>	<i>403</i>
Paragraphe 1.	Le critère de l'« oblativité » comme discrimination première du crime passionnel.....	404

I.	La transposition en droit de la notion d'oblativité.....	404
II.	L'opposition du crime passionnel et du sacrifice	408
Paragraphe 2.	Proposition d'une typologie des crimes passionnels	411
I.	Le crime passionnel intrafamilial	412
A.	La question de l'excès dans la famille	412
B.	Le problème du gain	416
C.	L'exemple de l'euthanasie comme limite de la définition du crime passionnel intrafamilial ...	419
II.	Le crime passionnel visant un tiers	422
A.	Le crime par jalousie.....	422
B.	Le crime par vengeance hors du champ du crime passionnel.....	425
<i>Sous-section II.</i>	<i>De l'autre en soi : crime passionnel et amour impossible.....</i>	<i>429</i>
Paragraphe 1.	La dissolution du soi et de l'autre dans une entité « figée »	430
I.	L'inexistence du soi dans le crime passionnel	430
II.	La disparition de l'autre comme personne	432
A.	Altérité et réification.....	433
B.	L'exemple de l'infanticide comme archétype d'une réification par assimilation	436
Paragraphe 2.	La question de l'amour dans le crime passionnel	441
I.	L'amour sans sujet ni sans objet : de l'ambivalence du sentiment à l'atténuation de la responsabilité	441
II.	Du problème de l'amour au problème de l'identité et de sa connaissance	444
Section II.	Responsabilité fausse ou suspendue	448
<i>Sous-section I.</i>	<i>La responsabilité faussée et troublée par l'affect.....</i>	<i>449</i>
Paragraphe 1.	L'élément passionnel et la question d'une responsabilité fausse 449	
I.	Les problèmes relatifs à la liberté du délinquant passionnel.....	450
II.	Le maintien salvateur de la distinction du crime et du criminel.....	453
Paragraphe 2.	L'élément passionnel et la question d'une responsabilité suspendue 455	
I.	Le problème de l'aberration passionnelle dans la constitution de la responsabilité 455	
II.	Le sens de la violence passionnelle en question.....	459
<i>Sous-section II.</i>	<i>Le difficile jugement du crime « monstrueux », entre incommunicabilité et fascination</i>	<i>462</i>
Paragraphe 1.	L'élément passionnel troublant le jugement de responsabilité mais historiquement source de progrès	462
Paragraphe 2.	La question de la monstruosité du crime passionnel devant l'exigence de responsabilité.....	465
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	<i>.....</i>	<i>470</i>
CONCLUSION DU TITRE I.....		471
TITRE 2. REGULATIONS DE LA RESPONSABILITE PAR L'AFFECT DANS LA FAMILLE 472		
<i>Chapitre 1. Pour une définition réaliste de l'élément affectif.....</i>		<i>474</i>
Section I. Définition réaliste de l'affect et rejet de nouveaux droits subjectifs de la famille476		
<i>Sous-section I. L'élément affectif porteur d'un devoir</i>		<i>477</i>
Paragraphe 1.	L'affect familial perturbateur du lien entre responsabilité et droits subjectifs 478	
I.	Le principe de l'admission de nouvelles responsabilités sans nouveaux droits subjectifs	479
II.	Responsabilité, droits subjectifs et anormalité : équilibrage des rapports par l'affect.....	481
Paragraphe 2.	L'affect familial perturbateur de l'abus de droit	484

I.	Influence de l'affect sur l'abus de droit	485
II.	La caractérisation de l'abus du droit de contester la filiation.....	490
	<i>Sous-section II. Démonstration de l'impossibilité d'un droit à la normalité</i>	
	<i>familiale dans le couple.....</i>	<i>493</i>
	Paragraphe 1. Objectivisme et subjectivisme dans la responsabilité conjugale	
	494	
I.	Cause matérielle affective et mésusage du partage de l'objectif et du subjectif	
	494	
II.	Cause matérielle affective et réunion de l'objectif et du subjectif dans la situation	
	concrète	495
	Paragraphe 2. L'impossible émergence d'un nouveau droit subjectif à la	
	normalité dans les relations de couple par le jeu de la responsabilité	496
I.	L'assimilation contestable du couple au rang des droits de la personnalité.....	497
A.	D'une liberté familiale et sentimentale à la revendication d'un droit subjectif	497
B.	Recherche sur le contenu d'un tel droit subjectif	499
II.	L'assimilation contestable des mécanismes de la responsabilité et de	
	l'émergence d'un nouveau droit dans le couple	501
A.	Responsabilité et fixation d'un cadre « normal » : relation non automatique.....	502
B.	Distinction salutaire de la détermination d'une normalité et de la reconnaissance d'une	
	anormalité	504
	Section II. Définition réaliste de l'affect et émergence de nouveaux rapports	
	entre la biologie et l'affection	509
	<i>Sous-section I. Reconnaissance affective dans la responsabilité filiale.....</i>	<i>510</i>
	Paragraphe 1. La place de la reconnaissance mutuelle dans les parentés	
	biologiques 511	
I.	Aspects critiques d'une reconnaissance idéaliste au fondement d'une	
	responsabilité parentale.....	512
II.	De la reconnaissance au désir : présupposé philosophique d'un droit à l'enfant	
	515	
	Paragraphe 2. La place de la reconnaissance mutuelle dans les parentés	
	adoptives 518	
I.	la responsabilité dans l'adoption éclairée par l'affect concret	520
II.	La responsabilité dans la parentalité éclairée par l'affect concret	526
	<i>Sous-section II. Solidarité familiale affective et responsabilité.....</i>	<i>530</i>
	Paragraphe 1. Les écueils d'une solidarité fondée sur un affect abstrait	532
I.	Le préjudice d'affection « par ricochet » dont le tiers est la cause directe,	533
II.	Le préjudice d'affection « par ricochet » dont le tiers est la cause indirecte	535
	Paragraphe 2. Responsabilité et solidarité fondée sur un affect concret et réaliste	
	540	
I.	Responsabilité et solidarité « négative ».....	541
II.	Responsabilité et solidarité « positive »	544
	<i>Conclusion du chapitre 1.....</i>	<i>548</i>
	<i>Chapitre 2. Pour une définition personnaliste de l'élément affectif</i>	<i>550</i>
	Section I. Définition personnaliste de l'affect et responsabilité dans le « nous »	
	familial 552	
	<i>Sous-section I. La responsabilité comme engagement constitutif pour un « nous »</i>	
	<i>553</i>	
	Paragraphe 1. La dialectique d'un « nous » familial	555
I.	L'élément affectif justifiant l'engagement pour le « nous »	556
A.	Engagement et responsabilité pour l'avenir.....	556
B.	Valeur de l'engagement.....	558
II.	L'engagement comme nouveau critère du couple ou de la famille	560
A.	Pluralité des familles et univocité de l'engagement	561

B. Singularité de l'engagement.....	563
Paragraphe 2. Conséquence juridique de la dialectique du « nous » dans une responsabilité constitutive	564
I. La responsabilité juridique comme voie de protection du couple	564
A. Protection du couple et protection de ses membres	565
B. Intervention du droit de la responsabilité normativement réglée par l'élément affectif	566
II. Le couple « finalisé » : appréciation tronquée de l'élément affectif	568
A. Le problème de la reconnaissance du couple.....	568
B. Critique de la réduction de l'affect à une finalité en soi.....	570
<i>Sous-section II. Responsabilité comme fidélité au « nous »</i>	572
Paragraphe 1. La fidélité, la connaissance et la présence	573
Paragraphe 2. La fidélité, la responsabilité et la liberté.....	576
Section II. L'affect comme situation personnelle	580
<i>Sous-section I. affect et situation personnelle aux sources de la responsabilité familiale</i>	582
Paragraphe 1. La responsabilité familiale au-delà du voulu et du non voulu ..	583
Paragraphe 2. La situation affective personnelle comme objet de la responsabilité familiale.....	586
<i>Sous-section II. Distinction de la situation affective et du système de la responsabilité</i>	592
Paragraphe 1. Liberté de la situation et système de responsabilité	593
Paragraphe 2. Applications prospectives de la situation affective	596
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	599
CONCLUSION DU TITRE II	600
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	601
CONCLUSION GENERALE	603
INDEX	609
BIBLIOGRAPHIE	612
1. Ouvrages généraux, manuels et traités	612
2. Mélanges, Ouvrages collectifs, Recueils	614
3. Ouvrages spécialisés	620
4. Thèses	627
5. Articles de revue	629
6. Principales jurisprudences citées (par ordre chronologique).....	638
TABLE DES MATIERES	644

Affect et responsabilité dans la famille : approche technique et philosophique

Résumé : Dans les rapports familiaux, les mécanismes de la responsabilité paraissent s'appliquer plus difficilement qu'ailleurs. Qu'il s'agisse d'engager la responsabilité des époux, ou bien celle d'un parent envers son enfant, ou même encore de juger un délinquant passionnel, il peut être malaisé de déterminer les parts de responsabilité et de culpabilité qui reviennent à chacun. L'élément affectif, qui n'est pas regardé en principe comme un objet possible du droit, est susceptible d'expliquer cette difficulté. L'objet de cette thèse est donc de découvrir ce que peut être cet affect, et s'il intervient effectivement de façon significative dans les responsabilités familiales. Dans la pensée classique, l'affect n'a pas d'autonomie, en ce sens qu'il est toujours assimilé et réduit à d'autres notions, telles que l'émotion ou la volonté. En le dégageant de ces réductions, pourtant, l'affect peut être un élément isolable, qui est clairement identifiable dans le lien conjugal ou dans la filiation. L'affect est ainsi un élément concret, mais aussi dynamique, en ce sens qu'il est doté d'une valeur normative. Il est donc capable, non seulement d'éclairer des situations familiales pour lesquelles la responsabilité, civile ou pénale, doit être mise en œuvre, mais encore de porter une valeur, que le droit peut découvrir et protéger.

Mots-clés: affect, affection, responsabilité, famille, philosophie du droit, mariage, couple, filiation, inceste, crimes passionnels.

Affect and Responsibility in family: philosophical and technical approach

Abstract: In family relations, responsibility mechanism seems to apply themselves with much more difficulty than elsewhere. Whether it engages the responsibility of the married couple, or the one of a parent towards his child, or even to judge a crime of passion, it can be difficult to determine the responsibility or guilt of each party. The affectif element, that is usually not considered like a text of law, is likely to explain this difficulty. Therefore, the purpose of this thesis is to discover what can be this affect, and if it indeed intervenes in a significant way in family responsibilities. In the classical thought, the affect has no autonomy, in a way that it is always assimilated and reduced to other notions such as emotion or free will. Removing these simplifications, the affect can be an element which can be isolated and clearly identified in the conjugal link or in filiation. Consequently, the affect is a concret element, but also dynamic, in the way it is doted by a normative value. It is therefore able, not only to enlighten family situations for which, civil or penal responsibility must be applied, but must also carry a value, that law may discover and protect.

Keywords: affect, affection, responsibility, family, philosophy of law, marriage, couple, filiation, incest, crime of passion.

ISCJ

Institut de Sciences Criminelles et de la Justice
Centre de Philosophie du droit

Université de Bordeaux – PAC Pessac
16 avenue Léon Duguit – CS 50057 – 33608 PESSAC Cedex