



HAL
open science

L'inceste consenti

Henri Conte

► **To cite this version:**

| Henri Conte. L'inceste consenti. Revue Lexsociété, 2023. hal-03953266v1

HAL Id: hal-03953266

<https://hal.science/hal-03953266v1>

Submitted on 27 Mar 2023 (v1), last revised 9 May 2023 (v2)

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

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



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



L'inceste consenti

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

HENRI CONTE

*Enseignant-chercheur en droit privé
CJB EA4337 – IDP EA1920 – CREDO
Université libre d'Angers*

Résumé : L'inceste est généralement mal saisi, mal appréhendé ou mal conçu, pour n'être pas clairement défini. L'origine et les raisons de sa prohibition sont absconses et les poncifs, nombreux sur le sujet, empêchent souvent de mener une réflexion apaisée sur les cas, réels, où l'inceste est consenti. Il s'agit ici de remettre en question ces présupposés et de tenter de faire la lumière sur l'inceste consenti.

Mots-clés : Inceste consenti ; Inceste légal ; Origine de l'inceste ; Mariage incestueux ; Concubinage incestueux ; Filiation ; Consentement.

1. Le sujet de cette contribution peut heurter¹. Et pourtant...l'inceste en France n'est pas interdit en tant que tel. Partant du principe que ce qui n'est pas interdit est autorisé, il est possible de deviner que certaines relations incestueuses sont légales et se nouent plus au moins paisiblement en France². Il n'existe pas, en effet, d'infraction autonome permettant au ministère public d'engager une action contre les personnes qui se décideraient d'avoir des relations sexuelles librement consenties entre elles. Certains membres de la même famille peuvent d'ailleurs se marier en France. Un homme, une femme, peut ainsi librement demander sa cousine germaine ou son cousin germain en mariage. Les prohibitions civiles, que l'on retrouve aux articles 161 à 163 du Code civil ne concernent que les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne (Art. 161 Code civil), entre frères et sœurs (Art. 162 C. civ), et entre oncles et nièces ou neveux et entre tantes et nièces ou neveux (Art. 163 C. civ)³. Elles interdisent le mariage et ces interdictions sont reprises pour les partenaires du pacte civil de solidarité (PACS) à l'article 515-2 du Code civil.

2. Selon une idée reçue⁴, l'inceste concernerait exclusivement les viols dans le cadre familial. Comme cela a été rappelé, l'inceste n'est pas une

¹ L'auteur renvoie d'ores et déjà à la contribution du Doyen Guével sur les conséquences de l'inceste concernant les enfants. Cette partie du sujet ne sera donc pas traitée ici. Il renvoie aussi à la contribution du Professeur Cheynet de Beaupré sur les aspects civilistes de la prohibition à l'inceste du 1^{er}, 2nd et 3^e degré et remercie chaleureusement ces deux auteurs pour leur aimable relecture.

² Le sujet est peu traité, mais cela est susceptible d'évoluer car le Professeur Jamin a confié la rédaction d'une thèse, dont le titre est éponyme à cette contribution, à Madame Lucie Dupin : <http://www.theses.fr/s211570>.

³ Il faut ajouter à ces interdictions, celles relevant de l'adoption : V. pour l'adoption simple, l'article 366 du Code civil. Sur ce sujet, V. L. DUPIN, « Refus d'exequatur de jugements étrangers ayant prononcé des adoptions intrafamiliales », *Dr. Fam.* 2019, n°3, étude 5, spé. n° 8.

⁴ V. D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 290, p. 2, n° 22 : « Lorsque l'on consulte les articles de presse récents, c'est surtout la perversion de la pédophilie qui est évoquée, voire celle des violences commises à l'encontre d'un mineur et des abus sexuels. On confond souvent l'acte (plus ou moins isolé ou répété) et la situation (pérenne et parfois voulue). Il est évident que les interrogations sont infiniment plus larges ». Il suffit d'ailleurs de taper l'entrée

infraction autonome. Seul le viol incestueux l'est devenu depuis la loi n°2021-478 du 21 avril 2021⁵. Il est donc impropre de se dire victime d'inceste, car cela obombre tous les cas dans lesquels l'inceste peut être consenti. L'inceste n'est défini, ni dans le Code civil, ni dans le Code pénal⁶. D'après le dictionnaire de l'Académie française, il s'agit d'un mot du XIII^e siècle, emprunté du latin *incestum*, « souillure, adultère, inceste ». Il est défini comme : « **Relation sexuelle entre deux personnes qui sont parentes ou alliées à un degré qui entraîne la prohibition du mariage par les lois civiles ou religieuses** »⁷. Dans cette définition, l'inceste n'est compris qu'à travers la prohibition du mariage par les lois civiles ou religieuses. Dès lors, en excluant dans un premier temps l'aspect religieux, seraient exclus du cadre de l'inceste toutes les relations sexuelles entretenues par deux personnes qui ont le droit de se marier. Une relation incestueuse pourrait donc cesser de l'être parce que l'union civile est autorisée. Une telle méthode n'est pas satisfaisante. La définition d'un état de fait aussi spécifique que l'inceste ne peut dépendre exclusivement de ses effets et

« inceste » dans un moteur de recherche pour se rendre compte de l'amalgame qui est fait entre l'inceste et le viol incestueux. V. par ex : <https://www.marieclaire.fr/inceste-france-statistiques,1363948.asp#:~:text=Un%20Fran%C3%A7ais%20sur%2010%20victime%20d'inceste&text=Ils%20sont%2032%25%20%C3%A0%20conna%C3%AEtre,association%20Face%20%C3%A0%20l'inceste> ; <https://faceinceste.fr/blog/dossiers/le-nouveau-chiffre-de-l-inceste-en-france>.

⁵ L'auteur renvoie, sur ce sujet, à la contribution de Madame Fabienne Ghelfi sur « La pénalisation de l'inceste ».

⁶ La section 3 du chapitre sur l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne s'intitule depuis le 21 avril 2021 : « *Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles* ».

⁷ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd. L'ancien droit laïc le définissait lui comme « la conjonction illicite entre personnes parentes ou alliées à un degré prohibé » (Pothier) in J. POUMAREDE, « L'inceste et le droit bourgeois au XIX^e siècle », in *Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011, p. 251-262 ; V. aussi pour une définition similaire : P-A. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 5^e éd., 1827, v° Inceste, p. 797-798 ; N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, préf. C. NERINCK, PUAM 2006, coll. P. Kayser, n° 82, p. 85 et s. : « l'inceste concerne des relations sexuelles entre des personnes unies par un lien de parent ou d'alliance dans le cadre des institutions familiales. Elle ne peut résulter que des schémas familiaux élaborés par la norme juridique » ; V. Aussi, sur le travail de définition : D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004 n° 290, p. 2, n° 3.

conséquences juridiques, surtout lorsqu'elles peuvent être modifiées à tout moment. Par exemple, selon cette définition, une relation entre cousins germains ne constituerait pas un inceste puisque les unions civiles entre ces derniers sont autorisées. Dans le même sens, avant la consécration du mariage homosexuel, la relation entretenue entre deux frères n'aurait pu être qualifiée d'incestueuse dans la mesure où ces relations ne donnaient pas lieu à une interdiction sur le fondement de l'ancien article 162 du Code civil⁸. Le lien entre la relation de fait et la possibilité de créer une union n'est pas toujours satisfaisant. Pour éviter ces incohérences, il est nécessaire d'admettre que certaines relations constituent des incestes, mais des incestes légaux, c'est-à-dire des incestes qui ne sont pas interdits par la loi et des incestes consentis, c'est-à-dire, vraisemblablement voulus par les deux parties. Ce sont, en effet, souvent les liens de sang qui justifient le critère de détermination de l'inceste. Le mariage entre une mère et son fils est interdit, car il implique des relations sexuelles entre deux personnes de même sang⁹. Nous proposons donc de considérer comme incestueuses toute relation entre personnes apparentées¹⁰. Toutefois, dans le même temps, il convient de militer pour que la qualification « incestueuses » perde son aspect péjoratif et immoral toutes les fois qu'il est légal.

3. La définition de l'Académie française a quand même des avantages. Elle définit l'inceste à travers la relation sexuelle ce qui semble indispensable de préciser, même si elle n'est pas obligatoire, selon nous, pour caractériser une relation d'incestueuse. C'est cette relation sexuelle induite par le mariage qui justifie la prohibition civile. La définition rédigée par les Académiciens a, enfin, le mérite d'indiquer qu'il est aussi possible de parler d'inceste quand deux personnes ne sont pas du même sang. Par exemple, les

⁸ V. sur ce point la contribution au colloque : N. BRITO, F. SALDUCCI, « L'inceste en Provence au XVIII^e siècle : entre doctrine et pratique ».

⁹ Le jurisconsulte Julius CLARUS considérait que l'inceste ne concerne que les personnes qui sont liées par le sang, V. J. CLARUS, *Libri Sententiarum receptorum seu practica civilis et criminalis*, 1559 (éd. Genève, 1739).

¹⁰ Il s'agit ici de relations amoureuses et/ou sexuelles.

prohibitions des articles 161 à 163 du Code civil (reprises pour le PACS)¹¹, concernent les mariages entre un beau-père et sa belle-fille. Il faut ajouter que le président de la République a la possibilité, prévue à l'article 164 du Code civil¹², de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée. Enfin, le président de la République a la possibilité de lever les interdictions à mariages posées par l'article 163 relatives aux oncles et tantes avec leurs neveux et nièces.

4. Pour toutes ces raisons, la définition des Académiciens apparaît incomplète : trop étroite et trop imprécise. À bien des égards, l'inceste mériterait une définition plus large permettant de prendre en compte la plupart des situations dans lesquelles des membres d'une même famille entretiennent des relations amoureuses. L'inceste pourrait être ainsi défini comme : « **l'ensemble des relations sexuelles ou établies¹³, entre deux personnes issues d'une même filiation ou apparentées qui donne le plus souvent lieu à des interdictions d'unions civiles selon des degrés déterminés par la loi ou parfois même à des sanctions pénales** »¹⁴. Cette définition englobe les cas internationaux dans

¹¹ V. *Supra* n° 1.

¹² Art. 164 C. civ : « Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° Par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ; 2° (Abrogé) ; 3° Par l'article 163 ».

¹³ L'adjectif « établie » se rapporte aux relations amoureuses entre deux personnes de la même famille qui connaissent une certaine stabilité.

¹⁴ La référence aux sanctions pénales s'explique par le fait que, dans certains pays, l'inceste est un délit. C'est le cas en Allemagne par exemple. V. H. JUNG, A. MORSCH, « Égalité, diversité, complexité - la politique criminelle en Allemagne », *AJ pénal* 2012, p. 459. Critiqué, ce délit a toutefois été validé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme (BVerfGE 120, 224 ; Stübing c/ Allemagne, arrêt du 4 déc. 2012, n° 43647/08). C'est également le cas en Angleterre et aux Pays de Galles où les relations sexuelles entre majeurs sexuels consentants sont considérées comme des infractions sexuelles. En Italie, les relations sexuelles entre majeurs sexuels consentants ne sont qualifiées d'infractions sexuelles que lorsqu'elles provoquent un scandale public. V. à ce sujet, la contribution au colloque de M. Lassalle : M. LASSALLE, « L'appréhension de l'inceste non-consenti par le droit pénal. Réflexions comparatistes sur l'usage du mot inceste en droit pénal ».

lesquels l'inceste constitue un délit¹⁵. Par ailleurs, cette définition est volontairement très large pour prendre en compte la réalité de l'inceste à travers le monde. Certains États ont une conception beaucoup plus étroite ou au contraire, plus large, de l'inceste. Par exemple, le droit canon prohibe le mariage entre cousins qu'il considère comme un mariage incestueux. Enfin, cette définition ne fait pas dépendre la qualification d'inceste de la prohibition des unions civiles. C'est pour permettre d'étudier les cas dans lesquels des membres d'une même famille entretiennent une relation amoureuse sans qu'ils n'aient contracté d'union civile.

5. Il n'existe certes pas, actuellement, de définition juridique de l'inceste, mais, cela a été rappelé, le droit prohibe certaines unions. Il ne qualifie pas ces relations « d'incestueuses », mais le sens commun appelle à le faire. Pour plus de rigueur, on ne peut pas envisager l'inceste qu'à travers les prohibitions à mariage comme le fait le dictionnaire de l'Académie française ne serait-ce que parce que, sinon, une union formée par contrat de PACS ne serait pas un inceste. Le choix de considérer l'inceste plus largement nous paraît plus conforme aux situations auxquels il correspond véritablement. Le droit délimite actuellement les degrés par lesquels les unions sont prohibées, mais en ne les définissant pas comme de l'inceste et en n'englobant pas la totalité et la diversité des unions (concubinage, pacs...) il entretient le flou sur sa réalité. Cependant, si on rapporte la définition de l'inceste aux prohibitions actuelles, la définition juridique de l'inceste en droit français pourrait correspondre à une « **Relation amoureuse entre deux personnes qui sont parentes ou alliées à un degré qui entraîne la prohibition d'unions civiles (mariage, pacs...) par les lois civiles** ». Même avec cette définition on constate des relations incestueuses qui ne font l'objet d'aucune interdiction. Ainsi, un frère et une sœur peuvent vivre amoureusement en concubinage et faire des enfants sans que le droit ne puisse les en empêcher.

¹⁵ *Ibid.*

6. Il sera question de se demander pourquoi certains cas d'inceste sont prohibés quand d'autres ne le sont pas. Ces interrogations conduiront nécessairement à s'interroger sur les origines de la prohibition de certains incestes. L'objet de cette contribution est de mettre en lumière la réalité de l'inceste pour essayer de déterminer si elle peut être consentie et dans quelle mesure le Droit doit interférer dans ces relations.

7. Il faut donc en revenir à l'origine de la répulsion (I) pour tenter de mieux comprendre la réalité de l'inceste consenti (II).

I. L'origine et les raisons du tabou de l'inceste consenti

8. Dire qu'il existe un inceste légal et consenti en France et ailleurs dans le monde n'est pas incompatible avec l'existence d'une prohibition quasi universelle ce qui rend cet inceste encore plus difficile à comprendre et à cerner. Les raisons de la prohibition sont tellement anciennes qu'elles se passent souvent d'une explication et se présentent comme une donnée acquise qu'il est inutile de remettre en question. Nous essaierons, toutefois, de retracer les origines et les raisons de cette prohibition en dehors du droit d'abord¹⁶ (A) et dans le droit ensuite (B). En effet, il est apparu que c'était les raisons de la prohibition qui permettraient de mieux cerner et comprendre les contours de l'inceste consenti.

¹⁶ Le caractère pluridisciplinaire de ce colloque nous a semblé autoriser une telle approche. L'inceste est le sujet, par excellence, qui touche à toutes les disciplines car inhérent à la question de l'agir humain.

A. Les origines et les raisons de la prohibition en dehors du droit

9. Il n'est pas possible d'affirmer que la prohibition de l'inceste est absolue et universelle dans la mesure où certaines civilisations ne s'en offusquaient pas quand elle ne l'encourageait pas carrément. On constate toutefois que la condamnation fait presque l'unanimité. Il faut donc parler de prohibition quasi universelle (1) et s'interroger sur les raisons données en dehors du droit de cette interdiction (2).

I. Une prohibition quasi universelle

10. Il suffit d'évoquer l'inceste auprès de n'importe qui pour que celui-ci témoigne de sa répulsion absolue à l'encontre d'une telle pratique. Pour beaucoup, elle est associée au viol incestueux et plus particulièrement, au viol incestueux sur mineurs. Si l'inceste n'est pas forcément le fruit d'un viol, il est rare qu'une telle pratique fasse l'objet d'un assentiment dans la communauté dans laquelle il serait pratiqué. En découvrant qu'il avait épousé et couché avec sa mère, Œdipe se crève les yeux¹⁷. Dans la Rome antique, l'inceste était considéré comme un crime punissable par la peine de mort¹⁸. Dans l'Ancien droit, on recense des décisions condamnant la mère et le fils au bûcher¹⁹, ou d'autres coupables à avoir la tête tranchée et leur cadavre brûlé²⁰. Alors

¹⁷ SOPHOCLE, *Œdipe-roi*, société d'édition Les Belles Lettres, 1958.

¹⁸ Pour d'autres exemples, V. D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 290, p. 2, n° 1, n° 6 et s.

¹⁹ Arrêt du Parlement de Toulouse du 12 février 1536, LA ROCHE-FLAVIN, *Arrêts notables*, Liv. II, Tit. 3, art. 1, p. 161, cité in R. BUEB, « L'inceste dans la doctrine pénale d'Ancien Régime », in A. BROBBEL DORSMAN, L. KONDRATUK, B. LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *Genre, famille, vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 183 ; V. aussi une décision de ce Parlement condamnant une belle-mère et son gendre à être pendus, étranglés puis brûlés, *Ibid.*

²⁰ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, Paris, Debure père, 1771, t. 3, p. 566, n° 14, Arrêt du Parlement de Bordeaux de 1580, cité in *ibid.* ; Il évoque Guillaume de Nangis qui, dans sa

qu'aujourd'hui, de telles relations sont proscrites pour éviter le mariage et donc l'établissement d'une filiation, Jousse explique que le mariage, même incestueux, avait la vertu de faire échapper à la peine de mort ceux qui le contractent²¹ : « Celui qui contracte un mariage incestueux doit être puni du bannissement, si c'est une personne de condition honorable ; ou du fouet et du bannissement si c'est une personne vile »²².

ii. L'inceste est particulièrement présent dans les religions qu'elles soient polythéistes ou monothéistes. Chez les Grecs, l'origine du monde est le fruit d'un inceste entre une mère Gaïa et son fils Ouranos. Ils donnent, tous deux, naissance aux titans, aux géants, aux cyclopes, aux Hécatonchires et aux Titanides. Ovide²³ retranscrira le mythe de Byblis, fille de Miléto et de Cyané, qui tomba amoureuse de son frère jumeau, Caunos. Elle cherche à le convaincre à deux reprises de la sincérité et de l'innocuité de son amour, mais Caunos ne se laisse pas convaincre et s'enfuit. Désespérée, elle ne cesse de pleurer et se transforme en fontaine. Malgré cette réprobation, ce sont aussi les Grecs qui ont institué l'épiclérat. Il s'agit de « l'obligation à une fille sans frère d'épouser le plus proche parent de son père défunt, pour que l'héritage ne sorte pas de la famille. Elle doit donc épouser le frère de son père, ce qui est normalement interdit ou un cousin parallèle patrilatéral »²⁴. On retrouve encore, comme exception chez les Grecs, les Cyniques qui appelleront à un retour à la nature, à la fin du IV^e siècle en incitant à l'inceste²⁵. Durkheim rappelle aussi qu'à Athènes, une fille de Thémistocle a épousé son frère consanguin²⁶.

chronique 1211, cite l'exemple d'une dame de Château-Girarde qui fut jetée vive dans un puit et le puit recouvert de pierres pour avoir eu des relations avec son fils et son frère.

²¹ D. JOUSSE, *Ibid.*

²² D. JOUSSE, *op. cit.*, p. 570.

²³ OVIDE, *Métamorphoses*, livre IX, éd. Gallimard rééd., 1992.

²⁴ F. HERITIER-AUGE, « L'inceste dans les textes de la Grèce classique, et post-classique », in *Métis. Anthropologie des mondes grecs anciens*, vol. 9-10, 1994, p. III.

²⁵ M.-O. GOULET-CAZE, « Le cynisme ancien et la sexualité », *Clio*, 2005, n° 22 ; B. CASSIN, in *Encyclopédie Universalis*, V° Diogène le Cynique, cité in N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit contemporain*, préf. C. NEIRINCK, PUAM, 2006, n° 4, p. 23.

²⁶ E. DURKHEIM, *La prohibition de l'inceste*, *L'année sociologique*, p. 37.

12. Dans la religion chrétienne, l'humanité voit le jour grâce à l'union d'Adam et Eve et de leurs enfants²⁷ et lorsque survient le déluge, il faut repeupler la Terre. Cela ne peut se faire qu'avec les descendants de Noé²⁸, unis par des liens de sang. Après la destruction de Sodome et Gomorrhe, Dieu laissa la vie à Loth et ses filles pour qu'elles puissent s'unir à lui, ce qu'elles firent après l'avoir fait boire²⁹. Dans le livre de Samuel, il est écrit que Tamar aurait pu épouser légalement son demi-frère Ammon³⁰. Malgré l'origine incestueuse de l'humanité, les religions monothéistes proclameront toutes un interdit ferme aux unions maritales incestueuses^{31 32}. Le Coran parle d'abomination et proscriit même le mariage entre les hommes et leurs nourrices et les filles issues de femmes avec lesquelles ils ont cohabité³³. En revanche, là encore, l'interdiction n'aura de cesse de varier au fil de l'histoire et les exceptions seront nombreuses, notamment dans les familles royales avec des exemples bien connus comme ceux de Philippe IV et Charles II d'Espagne dont les unions incestueuses ont pourtant été approuvées par l'église. Pendant un temps, les protagonistes de ces

²⁷ Genèse, I, 28 ; D. BARUCH, *Au commencement était l'inceste, Petit essai d'ethnologie littéraire*, Zulma, Grain d'Orage, 2002, p. 18 ; Dans la religion musulmane, la vie a aussi pour origine Adam et Eve : V. Le Coran, « Hedjr », XV.

²⁸ Genèse, IX, 1.

²⁹ Genèse, XIX, 32.

³⁰ Genèse, XX, 12.

³¹ Sourate AN-NISA' / LES FEMMES en français | Sourate 4, verset n° 22 : « Et n'épousez pas les femmes que vos pères ont épousées, exception faite pour le passé. C'est une turpitude, une abomination, et quelle mauvaise conduite ! »

³² Dans la Bible, l'interdiction se trouve notamment dans le Lévitique (18, 17) : « Tu ne découvriras pas la nudité d'une femme et celle de sa fille ; tu ne prendras pas la fille de son fils ni la fille de sa fille pour en découvrir la nudité. Elles sont ta propre chair, ce serait l'inceste ».

³³ Coran, Sourate 4 - Verset 23 : « Vous sont interdites vos mères, filles, sœurs, tantes paternelles et tantes maternelles, filles d'un frère et filles d'une sœur, mères qui vous ont allaités, sœurs de lait, mères de vos femmes, belles-filles sous votre tutelle et issues des femmes avec qui vous avez consommé le mariage ; si le mariage n'a pas été consommé, ceci n'est pas un péché de votre part ; les femmes de vos fils nés de vos reins ; de même que deux sœurs réunies exception faite pour le passé. Car vraiment Allah est Pardonneur et Miséricordieux ».

unions n'étaient punis que par des sentences religieuses, mais leur mariage n'était pas annulé³⁴.

13. On voit bien que malgré de nombreuses proclamations de l'interdiction, non seulement l'inceste était toujours pratiqué ou relativisé, mais il était même parfois institutionnalisé. C'est le cas dans l'Égypte antique, chez les Germains³⁵, chez les Incas, en Perse³⁶, au Cambodge,³⁷ mais aussi chez les : « Azandé, dont les nobles se marient avec leurs filles »³⁸ ou chez « les Hawaïens, dont l'aristocratie pratique le mariage entre frères et sœurs »³⁹.

14. Historiquement, l'inceste est bien là et pas seulement comme exception à la prohibition que l'on reconnaît être quasi-universelle. Certains peuples reconnaissent les pratiques incestueuses, d'autres les prohibaient farouchement. Il demeure qu'elle est universellement pratiquée⁴⁰.

³⁴ V. *Supra* n° 9 ; V. aussi : J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, cité in N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit contemporain*, préf. C. NEIRINCK, PUAM, 2006, n° 50, p. 65.

³⁵ M-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Paris, Ellipses, 2^e éd. 2012, n° 22.

³⁶ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 38.

³⁷ MONDIÈRES, « Renseignement sur la Cochinchine », in *Bulletin de la Soc. d'Anthrop. de Paris*, 1875 cité in E. DURKHEIM, *Ibid.*

³⁸ Encyclopédie Universalis, V° Inceste.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Claude Lévi-Strauss compte parmi les auteurs admettant que l'inceste est plus pratiqué qu'il n'y paraît : « car l'inceste, bien que prohibé par la loi et les mœurs, existe ; il est même, sans doute, beaucoup plus fréquent qu'une convention collective de silence ne tendrait à le laisser supposer » : C. LEVI-STRAUSS, *Nature culture et société : les structures élémentaires de la parenté, chapitres I et II*, Paris, éd. Flammarion, 2008, p. 83.

2. Les explications développées dans d'autres sciences que le droit

15. Quelle est donc la raison de cette prohibition⁴¹ ? Peu de textes tentent d'expliquer pourquoi il est interdit de pratiquer ces relations. Portalis, dans son célèbre discours préliminaire n'en donne pas la raison et énonce que « le mariage doit être prohibé entre tous les ascendants et descendants en ligne directe : nous n'avons pas besoin de donner les raisons ; elles ont frappé tous les législateurs »⁴². Selon Françoise Héritier, encore : « La prohibition de l'inceste n'est rien d'autre qu'une séparation du même, dont le cumul, au contraire, est redouté comme néfaste »⁴³. Il est possible de classer les auteurs qui ont essayé d'expliquer l'origine de l'inceste en plusieurs catégories, même si certains

⁴¹ Sans chercher à l'expliquer, Platon essaye de convaincre sur l'utilité de la prohibition. Dans son ouvrage, « La République », il explique que les croisements ont le mérite de mêler les fortunes et les caractères et de réaliser une homogénéité désirable pour le bien de l'État : PLATON, *République*, V. 9, Lois, 16 et VIII.6, cité in E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 33.

⁴² J-E-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844. Il précisera quand même au sujet des frères et sœurs que : « la famille est le sanctuaire des mœurs, et que les mœurs seraient menacées par tous les préliminaires d'amour, de désir et de séduction, qui précèdent et préparent le mariage ». Il est encore plus prolix dans l'exposé des motifs du projet de loi sur le mariage présenté le 16 ventôse an XI par Portalis, cité, p. 173-175 : « Dans tous les temps, le mariage a été prohibé entre les enfants et les auteurs de leurs jours ; il serait souvent inconciliable avec les lois physiques de la nature, il le serait toujours avec les lois de la pudeur... Les causes de ces prohibitions sont si fortes et si naturelles, qu'elles ont agi par toute la terre. [Quant à] l'horreur de l'inceste du frère et de la sœur et des alliés au même degré, [il] dérive du principe de l'honnêteté publique. La famille est le sanctuaire des mœurs [...] et l'espérance du mariage entre des êtres qui vivent sous le même toit, et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, en bannissant l'innocence, et poursuivraient ainsi la vertu jusque dans son dernier asile » cité in J. POUMAREDE, *op. cit.*, n° 12.

⁴³ F. HERITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Paris, éd. Odile Jacob, p. 10 et 11.

auteurs comme Gurvitch⁴⁴, Balandier⁴⁵, Bastide⁴⁶, Fassin et Ratchman sont à mi-chemin entre la sociologie et l'anthropologie⁴⁷. Il ne sera pas possible de citer et d'exposer toutes les thèses qui ont été proposées. En plus d'être contre-productif, le souci d'exhaustivité n'est pas adapté pour le format de cette contribution. Les auteurs choisis sont donc ceux qui ont, subjectivement, été considérés comme étant susceptibles de témoigner de la diversité des thèses sur le sujet.

16. Les thèses anthropologiques : Durkheim – Lévi-Strauss⁴⁸

Les thèses les plus incontournables sont sans doute celle du célèbre sociologue, Émile Durkheim, et celle de l'anthropologue, Claude Lévi-Strauss. Selon le premier, le tabou de l'inceste a pour origine l'idée que se faisaient les peuples « primitifs » de la menstruation, du sang menstruel et du sang de manière général. En effet, selon lui, le sang est unanimement redouté dans la plupart des cultures. L'apparition du sang menstruel chez les femmes

⁴⁴ V. G. GURVITCH, *Essais de sociologie. Les formes de la sociabilité. Le problème de la conscience collective. La magie et le droit. La morale de Durkheim*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.

⁴⁵ G. BALANDIER, « Sociologie actuelle de l'Afrique noire. Dynamique des changements sociaux en Afrique centrale. Paris, Presses Universitaires de France, 1955 » ; « Sens et puissance. Les dynamiques sociales », Paris, Presses Universitaires, 1971.

⁴⁶ R. BASTIDE, *Sociologie et psychanalyse*, Paris, Presses Universitaires, 1950.

⁴⁷ Il faudra se référer au très complet article de Bertrand Pulman qui analyse les thèses de Westermarck, Durkheim et Freud : B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie / psychanalyse : Westermarck, Durkheim et Freud face à l'horreur de l'inceste », *RFS*, oct-déc. 2012, vol. 53, n° 4.

⁴⁸ Pour plus d'exhaustivité, voir aussi les thèses de Marcel Mauss et James George Frazer : M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, coll. « Quadrige Grands textes », éd. PUF, 2007 ; J.-G. FRAZER, *The Golden Bough : A Study in Magic and Religion*, Broché 2009 ; (*Ibid*), *Les Origines de la famille et du clan (Totémisme and Exogamy, 1911-1915)*, trad. comtesse J. de Pange, P. Geuthner, 1922, 191 p. Il écrit que les peuples « primitifs » : « n'abandonnent les rapports incestueux ni pour des raisons d'hygiène ni pour des raisons d'ordre moral, et, pour le reste, il répète que : “*apparently the prohibition of incest must have been founded on a superstition that incestuous unions are injurious to those who engage in them*” », V. M. ACHIMASTOS, « Durkheim et Frazer : un débat sur le totémisme », *L'Année sociologique*, 2012/2, vol. 62, p. 313.

expliquerait l'exogamie par la peur de celui-ci : « Il est donc naturel que les sentiments d'éloignement que la femme inspire atteignent sur ce point particulier leur plus grande intensité »⁴⁹ et « Quiconque viole cette loi se trouve dans le même état que le meurtrier »⁵⁰. Ainsi, les vertus magiques du sang expliqueraient l'exogamie, mais c'est le totémisme qui expliquerait les vertus magiques du sang. Le totem et le sang sont liés. Il s'agit de la même chose et totems et sang sont inséparables. Or, comme le tabou est la marque de tout ce qui est divin⁵¹, et que le totem est divin, alors, le sang qui est associé au totem est tabou aussi. Les hommes ne touchent donc pas au sang de leur totem, car il est tabou⁵². Ils peuvent toucher au sang des totems des autres clans, car, selon Durkheim, les totems des autres clans n'ont rien de divin⁵³. La thèse du sociologue ne permet pas de comprendre comment la prohibition a pu se perpétuer sinon par habitude et intégration inconsciente, par tous les membres de toutes les sociétés, d'un interdit millénaire⁵⁴. Il ne prétend d'ailleurs pas expliquer la prohibition actuelle par le totem et le tabou⁵⁵. De nombreux auteurs s'évertueront à remettre en cause la théorie de Durkheim qui a moins d'écho aujourd'hui,⁵⁶ mais qui demeure une référence, car s'imposant comme

⁴⁹ E. DURKHEIM, *La prohibition de l'inceste*, L'année sociologique, 1897, p. 50.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 53.

⁵² Freud fera le même constat dans Totem et tabou en étudiant les tribus australiennes : V. S. FREUD, *Totem et tabou*, éd. Petite Biblio Payo, 1923 (rééd 1965), p. 15 : « Presque partout où ce système est en vigueur [le totem], il comporte la loi d'après laquelle les membres d'un seul et même totem ne doivent pas avoir entre eux de relations sexuelles, par conséquent, ne doivent pas se marier entre eux. C'est la loi de l'exogamie, inséparable du système totémique ».

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 55 ; V. aussi, C. LEVI-STRAUSS, *Nature, culture et société*, *op. cit.*, p. 91. L'auteur se réfère, sans y adhérer, à l'analyse de Durkheim sur ce sujet.

⁵⁵ *Ibid.* Il est, en revanche, étonnant que la vue sang, dont il explique pourtant être l'objet d'autant de répulsion chez l'ensemble des peuples « primitifs » ne provoquait aucune réaction lorsqu'un membre du clan se rendait compte que le même sang s'écoulait sans « mal » chez les femmes des autres clans. Par ailleurs, comment expliquer, comme l'écrit très bien ce dernier, que le sang menstruel était employé comme un médicament pour guérir toute sorte de maladie ? V. E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ Parmi eux, Claude LEVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, La Haye, Mouton, 1967 (1^{ère} éd. 1949, Presses universitaires de France) ; M. VEUILLE, « A la recherche de

l'une des premières recherches du genre. Parmi les auteurs très critiques envers la thèse de Durkheim se trouve le non moins célèbre Claude Lévi-Strauss qui lui reproche de « fonder un phénomène universel [la prohibition de l'inceste] sur une séquence historique »⁵⁷. En d'autres termes, l'utilisation d'exemples particuliers à des périodes précises ne permet pas de fonder une « loi »⁵⁸. L'auteur propose une explication « fonctionnelle » à la prohibition de l'inceste en expliquant qu'elle n'est ni totalement d'origine culturelle, ni totalement d'origine naturelle. Elle emprunte un peu à l'une et à l'autre ; elle constitue une démarche dynamique. La prohibition de l'inceste serait un processus par lequel la nature se dépasse elle-même et opère un passage vers la culture.

17. Les thèses naturalistes : Westermarck – Havelock Ellis – Lewis Morgan – Sir Henry Maine

Selon l'anthropologue finlandais Edward Westermarck, l'inceste est un instinct de l'Homme : « *There is an innate aversion to sexual intercourse between persons living very closely together from early youth, and, as such persons are in most cases related, this feeling displays itself chiefly as a horror of intercourse between near kin* »⁵⁹. Cette thèse, bien qu'accusée par de nombreux auteurs d'être totalement infondée, est intéressante, car elle rappelle une impression que l'on connaît bien. En effet, elle fait écho à ce sentiment de répulsion qui a été évoqué auparavant⁶⁰ et qui semble tout naturel chez chacun

l'évitement de l'inceste », *RESS*, t. 23, n° 69, in *Sciences sociales et défi de la sociobiologie*, 1985, p. 295-311.

⁵⁷ C. LEVI-STRAUSS, *Nature culture et société*, op. cit., p. 94.

⁵⁸ C'est-à-dire, selon Lévi-Strauss : « Une formule générale vérifiée par l'expérience et exposant les rapports nécessaires existants », *Ibid.*

⁵⁹ E. WESTERMARCK, *The history of human marriage*, London, Macmillan and Co., p. 320, cité in H. ELLIS, *Studies in the Psychology of Sex*, volume 4 (traduction possible par nous : « il y a une aversion innée pour les relations sexuelles entre des personnes vivant très étroitement ensemble dès leur plus jeune âge, et, comme ces personnes sont dans la plupart des cas apparentées, ce sentiment se vit comme une horreur des relations sexuelles entre parents proches » ; V. aussi : E. WESTERMARCK, *The original development of the moral ideas*, Broché, 2013.

⁶⁰ V. *Supra* n° 9.

d'entre nous. Cependant, c'est oublier que ce sentiment est purement de l'ordre de l'apprentissage et non de l'innée. Sinon, comment expliquer que la pratique de l'inceste soit si répandue partout dans le monde ? Certains font justement remarquer que si le refus de l'inceste était un instinct humain si profond, il n'y aurait nul besoin de le prohiber par une législation⁶¹. Quant à Ellis, il préfère y voir une indifférence sexuelle plutôt qu'un instinct : « *There is, however, a very radical objection to this theory. It assumes the existence of a kind of instinct which can with difficulty be accepted. An instinct is fundamentally a more or less complicated series of reflexes set in action by a definite stimulus. An innate tendency at once so specific and so merely negative, involving at the same time deliberate intellectual processes, can only with a certain force be introduced into the accepted class of instincts. It is as awkward and artificial an instinct as would be, let us say, an instinct to avoid eating the apples that grew in one's own yard* »⁶².

18. Lewis Morgan et Sir Henry Maine pensent, de leur côté, que le tabou de l'inceste est un sentiment naturel qui a pour fonction d'épargner les

⁶¹ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 38 ; H. ELLIS, *Studies in the psychology of sex*, 5 vol. Cela explique pourquoi, par exemple, le cannibalisme n'est pas interdit en tant que tel en France. Il en va de même concernant la nécrophilie. La loi française ne se prononce pas sur ce point. La nécrophilie ne constitue pas un délit, ni un crime sexuel. C'est l'atteinte à la sépulture, puis au cadavre, qui est sanctionnée par l'article 225-17 du Code pénal. Quant à la zoophilie, la prohibition de l'article 521-1-1 du Code pénal ne concerne que les animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité. Ce sont les caractères affectifs, ou utilitaires de ces animaux qui justifient donc la prohibition plus que la volonté du législateur de mettre fin à une pratique répandue. Ce dernier n'a d'ailleurs pas jugé utile de condamner les atteintes sexuelles commises sur des animaux sauvages.

⁶² Traduction libre : « Il y a cependant une objection très radicale à cette théorie. Elle suppose l'existence d'une sorte d'instinct difficilement acceptable. Un instinct est fondamentalement une série plus ou moins compliquée de réflexes mis en action par un stimulus défini. Une tendance innée à la fois si spécifique et si simplement négative, impliquant en même temps des processus intellectuels délibérés, ne peut être introduite qu'avec une certaine force dans la classe acceptée des instincts. C'est un instinct aussi maladroit et artificiel que le serait, disons, un instinct d'éviter de manger les pommes qui ont poussé dans son propre jardin ».

effets néfastes de la consanguinité⁶³. Cette théorie donne l'occasion de répondre à un argument très généralement opposé par ceux qui voient en l'inceste l'expression d'une abomination. Premièrement, elle ne permet en rien d'expliquer l'origine du tabou. Les auteurs sont unanimes pour affirmer que la prohibition de l'inceste est antérieure à la découverte des possibles effets néfastes de la consanguinité. Ainsi, elle ne peut expliquer pourquoi la prohibition était quasi-unanime. Deuxièmement, les chercheurs ont démontré les conséquences relativement faibles de la consanguinité sur la santé. Le risque de développer des malformations graves n'est élevé que lorsque les relations consanguines se perpétuent dans le temps, de génération en génération entre générations⁶⁴.

Il apparaît que les mariages entre individus apparentés représentent plus de 10 % des mariages dans le monde⁶⁵. Ces mariages représentent plus de 50% des unions dans certaines populations où : « ils sont favorisés pour des raisons économiques ou sociales (Afrique du Nord, Moyen-Orient, Inde) »⁶⁶. Ils sont aussi présents dans certains pays occidentaux, mais souvent parce que les

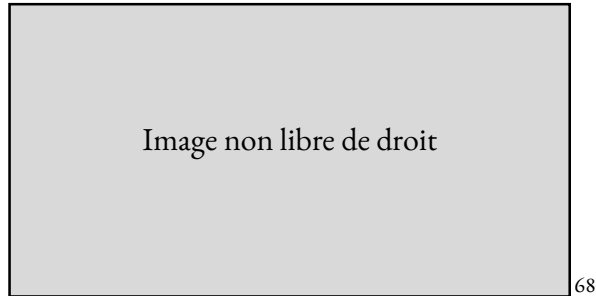
⁶³ H-S. MAINE, *Dissertations on early law and custom*, 1886 ; L. MORGAN, *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, 1871.

⁶⁴ Des chercheurs ont voulu démontrer que des biais méthodologiques ont entaché un certain nombre d'études visant à prouver que la cause d'une maladie génétique provenait d'un doublement des allèles, que l'on retrouve dans la progéniture de couples consanguins : A-L. LEUTENEGGER, A. LABALME, E GENIN, A. TOUTAIN, E. STEICHEN, F. CLERGET-DARPOUX, and P. EDERY, *Using Genomic Inbreeding Coefficient Estimates for Homozygosity Mapping of Rare Recessive Traits: Application to Taybi-Linder Syndrome* : « Cependant, les informations sur la généalogie peuvent ne pas être exactes ou même faire défaut, en particulier pour les populations où les mariages entre parents sont très fréquents, ce qui rend les relations très complexes. Miano et d'autres ont signalé quelques pièges dans la cartographie de l'homozygotie. L'un d'eux était l'inflation potentielle du score LOD et donc l'augmentation potentielle des fausses preuves de liaison en raison de la sous-estimation de l'étendue de la consanguinité chez l'individu affecté ou, de manière équivalente, de l'étendue de la parenté entre les parents d'un patient. Plus généralement, dans l'analyse de couplage, la sous-estimation des relations parentales peut entraîner une augmentation de l'erreur de type I ».

⁶⁵ A-H. BITTLES et M-L. BLACK, *Consanguineous Marriage and Human Evolution*, *Annual Review of Anthropology*, 2010 cité in S. Gazal, *La consanguinité à l'ère du génome haut débit : estimations et applications. Santé publique et épidémiologie*, Université ParisSud-ParisXI, thèse 2014, p. 1.

⁶⁶ S. GAZAL, *op cit.*, p. 1.

partenaires sont isolés géographiquement ce qui limite le choix de conjoints exogames. Lorsque des enfants ont comme parents deux individus liés génétiquement, ils sont susceptibles de recevoir deux allèles identiques par descendance : « provenant d'un seul allèle présent chez un des ancêtres communs de ses parents »⁶⁷.



Selon une étude récente⁶⁹, les risques de la consanguinité ne sont pas vraiment mesurables. Ils permettent d'éviter que de « mauvais gènes »⁷⁰ soient transmis à la descendance ce qui limitera un certain nombre de maladies, mais cela empêchera aussi les « bons gènes »⁷¹ de se reproduire dans une population donnée : « *Therefore, the degree to which a shift from consanguineous marriage to panmixia actually improves overall human fitness will remain open to speculation until the relevant predisposing disease genes for present-day ill health have been identified and their possible beneficial role in evolved gene complexes fully assessed* »⁷². Et les auteurs concluent que : « *Since humans have*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voir A-H. BITTLES et M-L. BLACK, *Consanguineous Marriage... op. cit.*, où la carte est reproduite.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Des gènes qui peuvent entraîner l'apparition de maladies.

⁷¹ Des gènes favorables peuvent aussi être transmis aux enfants.

⁷² A-H. BITTLES et M-L. BLACK, *Consanguineous Marriage... op. cit.*, p. 203 : Traduction libre : « Par conséquent, la mesure dans laquelle le passage du mariage consanguin à la panmixie améliore réellement la forme physique globale de l'homme restera ouverte à la spéculation jusqu'à ce que les gènes de maladie prédisposant pertinents pour la mauvaise santé actuelle aient été identifiés et leur rôle bénéfique possible dans les complexes de gènes évolués pleinement évalués ».

mainly evolved in small groups, with limited mate choice and high resultant levels of homozygosity, a decline in consanguinity could lead to the disruption of advantageous gene complexes »⁷³.

L'inceste légal et consenti a donc bien une réalité tangible actuellement. La proportion de couples qui ont des gènes communs, qui sont donc apparentés, est plus ou moins importante en fonction des pays dans lesquels on se trouve. En revanche, tout inceste légal n'est pas forcément consenti. En effet, dans certains pays, la pratique des mariages forcés a toujours cours.

19. Les thèses en psychologie : Freud – Héritier

Freud, lui aussi, établit le constat selon lequel la plupart des peuples dits « primitifs » prohibaient l'inceste. Selon lui, les personnes commettant l'inceste malgré le tabou proféré sont des névrosés. Alors que la plupart des individus se soustraient à l'inceste⁷⁴ en grandissant, le névrosé conserve des restes très importants d'infantilisme psychique « soit parce qu'il n'a pas été capable de s'affranchir des conditions infantiles de la psychosexualité, soit parce qu'il y est retourné (arrêt de développement ou régression) »⁷⁵. Freud veut démontrer, toutefois, que l'attachement de l'enfant qui mène à l'attirance sexuelle est tout à fait naturel. Ainsi, l'interdiction de l'inceste peut être analysée comme le fruit d'une éducation de la part des parents. La plupart des parents éviteront de mettre un frère et une sœur, un cousin et une cousine dans la même chambre à l'approche de leur puberté. Cela permettrait d'en déduire que la répulsion que nous avons aujourd'hui en imaginant une relation avec des proches est bien le résultat d'une éducation et non d'un instinct naturel de

⁷³ *Ibid.* (Traduction libre) : « Étant donné que les humains ont principalement évolué en petits groupes, avec un choix de partenaires limité et des niveaux élevés d'homozygotie, un déclin de la consanguinité pourrait conduire à la perturbation de complexes de gènes avantageux ».

⁷⁴ Ce qui implique que le premier choix sexuel de l'enfant se porte sur un membre de sa famille : V. S. FREUD, *Totem et tabou*, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁵ *Ibid.* Freud explique aussi que « l'amour incestueux est le premier en date et existe d'une façon régulière et que c'est seulement plus tard qu'il se heurte à une opposition dont les raisons sont fournies par la psychologie individuelle » : S. FREUD, *Introduction à la psychanalyse*, 1916-1917, rééd. Poche, jan. 2022.

l'Homme⁷⁶. Françoise Héritier propose quant à elle de renouveler la notion en l'élargissant aux cas dans lesquels deux personnes de la même famille ont partagé une relation avec une personne tierce. Elle appelle cela l'inceste du deuxième type. En remontant jusqu'à l'Antiquité hittite, elle essaie de démontrer que la plupart des sociétés ont toujours mal considéré la possibilité pour une mère et sa fille de partager le même homme⁷⁷.

20. Peut-être n'y a-t-il pas d'explications au tabou de l'inceste et à sa prohibition ? L'humilité s'impose sur ce sujet. Comme un auteur le rappelait, il existe une sagesse dans certains interdits qui ne méritent pas que l'on donne une explication : « La modernité, avec sa prétention à tout expliquer et à tout dire, nous détourne de la sagesse des contes. Le droit est à son tour sommé de dire toutes ses raisons, y compris celles qui relèvent de l'indicible »⁷⁸.

21. Si l'inceste tel qu'il a été défini en introduction⁷⁹ peine à trouver une justification extrajuridique, les empêchements aux unions civiles dont ils résultent peuvent pourtant trouver des explications juridiques.

⁷⁶ C'est d'ailleurs la thèse de Claude Lévi-Strauss puisqu'il envisage la prohibition de l'inceste comme une démarche vers la culture.

⁷⁷ F. HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère, Anthropologie de l'inceste*, Paris, éd. Odile Jacob, 1994, rééd. 2012, p. 21 et s.

⁷⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Peau d'âne. Ou il était une fois le droit », in M. RANOUIL et N. DISSAUX (dir.), *Il était une fois...L'analyse juridique des contes de fées*, Paris, Dalloz, 1^{er} éd. 2018, p. 292. L'auteur cite d'ailleurs Aristote, qui, dans *Les Métaphysiques* (Livre T-3) soulignait que « c'est manquer d'instruction que de ne pas savoir de quelles choses il faut chercher une démonstration et de quelles choses il ne faut pas, car, d'une manière générale, il est impossible qu'il ait une démonstration de tout (on irait à l'infini, de sorte que, même ainsi, il n'y aurait pas de démonstration) ».

⁷⁹ V. *Supra* n° 4.

B. Les raisons juridiques de la prohibition de l'inceste consenti

22. La loi a une fonction normative⁸⁰. Elle dresse des normes de comportements auxquels les individus se réfèrent pour savoir comment se comporter. Le droit de la famille ne déroge pas à cette acception. Malgré un phénomène de contractualisation constaté par certains auteurs⁸¹ laissant à penser à un recul de l'ordre public⁸², la famille et ses ramifications restent contrôlées, car elle demeure « un lieu d'élaboration de l'identité de la personne humaine, tant sur le plan psychique, sexuel, que social »⁸³. Dans son discours préliminaire, Portalis ébauche une explication de l'empêchement à mariage⁸⁴. À propos du mariage entre un frère et une sœur, il écrit que l'interdit se justifie « parce que la famille est le sanctuaire des mœurs, et que les mœurs seraient menacées par tous les préliminaires d'amour, de désir et de séduction, qui précèdent et préparent le mariage »⁸⁵. Il y a donc l'idée que la famille n'est pas un lieu de désir et de séduction. On ne peut naître et grandir dans une famille avec l'idée qu'il sera ainsi possible de prendre pour époux son frère, sa sœur, sa mère, son père, *etc.* C'est en substance ce que défendaient aussi Grotius, Pufendorf et Thomasius. Le premier expliquait qu'il existe au sein de la famille une hiérarchie et que ses composantes ont toutes un rôle différencié⁸⁶. Dès lors, des mariages endogamiques créeraient de la confusion, des contradictions de

⁸⁰ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste », *RTD. Civ.*, 2000, p. 759 : « La loi incite à adopter certains comportements, en dissuade d'autres ».

⁸¹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016 p. 773. L'auteur fera d'ailleurs remarquer à propos d'un inceste : « Bien que présenté comme anecdotique, l'arrêt du 4 décembre 2013 ayant admis la validité du mariage entre une femme et le père de son ex-mari, est à mettre au crédit du mouvement de contractualisation, venant signer l'affaiblissement de cet ordre public de direction spécifique de la matière familiale ».

⁸² V. C. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD. Civ.* 2018, p. 809.

⁸³ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste », *RTD. Civ.* 2000, p. 759.

⁸⁴ V. G. COURTOIS, « Portalis et la prohibition de l'inceste », *Droits et cultures*, 48, 2004-2.

⁸⁵ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844, p. 25.

⁸⁶ GROTIUS, *Du droit de la Guerre et de la paix*, coll. Quadrige, éd. PUF, 2002.

statuts contraires à la nature des liens familiaux⁸⁷. Le second insiste sur la pudeur et la dignité qui imposent à des membres d'une même famille de ne pas avoir de relations sexuelles⁸⁸ ensemble⁸⁹. Si les mariages au sein de membres d'une même famille étaient possibles, cela inciterait ces membres à avoir des relations sexuelles. Il en résulterait des adultères et donc des désordres évidents au sein des familles⁹⁰. On voit bien, là encore⁹¹, comment la justification des empêchements à mariage est indissociable des relations sexuelles qu'elles impliquent. Enfin, Thomasius tente, quant à lui, de concilier les deux thèses en agréant à l'une comme à l'autre⁹². Tous ont en tout cas le mérite de chercher des arguments juridiques afin de justifier les prohibitions à mariage : « Il n'est pas bien sûr de consulter les sens et les inclinations naturelles pour découvrir les principes du droit naturel : autrement il faudrait regarder comme prescrites par la loi naturelle, les choses auxquelles les sens et les passions nous portent avec le plus de violence, dont la plupart néanmoins sont manifestement contraires au droit naturel »⁹³.

23. Les débats dans les travaux préparatoires, les auteurs évoquent aussi régulièrement la filiation et les risques qu'elle représente. Nombreux sont ceux qui refusent que l'enfant incestueux puisse établir une filiation car cela serait reconnaître et instituer la faute du couple reproducteur⁹⁴. Il est ainsi impossible pour la mère, lorsqu'elle donne naissance à un enfant incestueux ou

⁸⁷ G. COURTOIS, *op. cit.*, n° 8.

⁸⁸ Il y a chez Pufendorf, l'idée d'une « honte sexuelle » que peut représenter certaines de ces relations : V. G. COURTOIS, *op. cit.*, n° 10.

⁸⁹ E. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général ou principe les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Amsterdam, chez Henri Schelte, t-1, 1706.

⁹⁰ E. PUFENDORF, *op. cit.*, II, VI, I, § 34-35. V. aussi, J.-J. BURLAMAQUI, *Éléments du droit naturel*, Lausanne, 1775, p. 260.

⁹¹ V. *Supra* n° 1 et 2.

⁹² C. THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, II, II, § 227-228, cité in G. COURTOIS, *op. cit.*, n° 11.

⁹³ E. PUFENDORF, *op. cit.*, I, VI, 1, § XXVIII, cité in G. COURTOIS, *op. cit.*, n° 15.

⁹⁴ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, (discours prononcé par le doyen Duveyrier), Paris, 1827, T-10, p. 202 et s.

adultérin, de désigner le père sur l'état civil. Ces enfants « mal nés »⁹⁵ étaient alors privés de droit : « La recherche de la maternité elle-même ne sera plus permise, lorsqu'elle sera dirigée sur la trace d'un adultère et d'un inceste, toutes les fois que, pour la démontrer, il faudrait rendre publics et certains ces attentats scandaleux dont la possibilité mystérieuse et les exemples impunis corrompent et flétrissent les mœurs publiques. La manifestation d'un désordre caché n'est jamais, pour l'intérêt social, compensée par la réparation d'un dommage individuel »⁹⁶.

24. Peu nombreux sont les juristes qui, aujourd'hui, s'attachent à trouver les raisons juridiques des empêchements à mariage et donc des relations sexuelles qui en résultent. Peut-être parce qu'elles paraissent tellement naturelles qu'elles ne nécessitent pas de justifications. Peut-être aussi, parce qu'avec le temps, les juristes se sentent moins à l'aise de donner des raisons qui ont trait aux bonnes mœurs parfois qualifiées de moribondes⁹⁷ quand elles ne sont pas déjà enterrées⁹⁸. La Cour d'appel de Montpellier ⁹⁹donne peut-être, dans un arrêt du 28 mai 2015, la raison la plus évidente de la prohibition de l'inceste et des empêchements à mariage subséquents. Les conseillers de la cour d'appel expliquent que : « Cette prohibition absolue, vise à garantir l'ordre des générations, la construction culturelle du temps et à éviter la confusion ; en effet

⁹⁵ J. BOISSON, « L'enfant mal né », in *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével*, LGDJ 2021, p. 36. Il faut aussi renvoyer à la contribution du Professeur Guével et plus généralement à tous ses articles puisque l'éminent Professeur défend depuis longtemps l'idée que la filiation incestueuse puisse, à la demande de l'enfant et à sa majorité, être établie à l'égard du second parent. V. D. GUEVEL, « Des enfants moins égaux que les autres... », *D.* 2018, n°2, p. 65 ; D. GUEVEL, « Taire ses origines : la filiation incestueuse », P. Bloch et D. Depadt-Sebag (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2007, p. 73 s ; D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2004, p. 2.

⁹⁶ P-A. FENET, *Recueil complet... op. cit.*, n° 342.

⁹⁷ G. PIGNARRE, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? "Presque rien ou presque tout ?" », *RDC*, 2005, p. 1290.

⁹⁸ D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 516 s.

⁹⁹ CA Montpellier, 28 mai 2015, n° 14/07559.

autoriser un ascendant et un descendant à procréer, reviendrait à placer sur un même niveau successoral, au même degré, le géniteur et son descendant face au nouveau procréé »¹⁰⁰. Encore aujourd'hui, les raisons juridiques des prohibitions à mariage ont trait aux conséquences que de telles unions pourraient avoir au sein de la famille. La prohibition peut être analysée comme l'expression de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'ordre public, de direction¹⁰¹, se manifeste à travers les prohibitions à contracter des unions (mariage, PACS) et en interdisant de faire valoir la double filiation. Les bonnes mœurs se manifestent dans la conséquence de ces interdictions qui visent à empêcher que les membres d'une même famille aient des relations sexuelles ensemble. Vu ainsi, il y aurait donc bien une réprobation institutionnelle de l'inceste consenti qui se manifeste depuis l'Ancien droit par les prohibitions d'unions.

25. Que ce soit dans les autres sciences ou dans le droit, la plupart des auteurs admettent incidemment que l'inceste peut être consenti. C'est parce qu'il peut l'être qu'il est nécessaire d'affirmer clairement l'interdiction. Cette interdiction se justifie au nom d'un ordre public de direction visant à éviter les désordres matrimoniaux qu'engendrerait l'établissement de relations entre personnes de la même famille.

II. La réalité de l'inceste consenti

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Cet ordre public de direction serait « dilué » aujourd'hui par un double phénomène de rétrécissement légal et de contournement jurisprudentiel, V. C. MASSON, *op. cit.*, n° 20.

26. L'inceste consenti peut prendre différentes formes qu'il sera nécessaire d'énumérer (A) avant de se pencher sur la réalité et la complexité du consentement dans ces cas (B).

A. Les différentes formes de l'inceste consenti

27. Plusieurs exemples peuvent être donnés : celui de l'inceste dans le mariage (1) et celui de l'inceste dans le concubinage (2). Ces incestes consentis et parfois légaux sont étudiés car ils ont des effets juridiques. Il convient toutefois de rappeler que les relations incestueuses qui ne relèvent ni de la première catégorie ni de la seconde sont sans doute plus nombreuses qu'on ne peut l'imaginer.

I. L'inceste légal dans le mariage

28. Il ne faut pas nier les cas dans lesquels l'inceste peut être consenti. Parmi les cas d'incestes légaux consentis, il est possible de citer le mariage entre cousins. Alors qu'il est prohibé chez les catholiques¹⁰², les rédacteurs du Code civil ont fait le choix de l'autoriser. Leurs auteurs expliquent que la prohibition par l'Église résultait d'une erreur de transcription du droit romain et portait une atteinte trop importante à la liberté des mariages : « Or, les lois romaines ayant défendu les mariages au quatrième degré on fit une

¹⁰² Code de droit canonique, livre IV la fonction de sanctification de l'Église, Première partie, les sacrements, titre VII, le mariage (cann. 1055 – 1165), chapitre III, les empêchements dirimants en particulier : « Can. 1091 - § 1. En ligne directe de consanguinité, est invalide le mariage entre tous les ascendants et descendants tant légitimes que naturels.

§ 2. En ligne collatérale, il est invalide jusqu'au quatrième degré inclusivement.

§ 3. L'empêchement de consanguinité ne se multiplie pas.

§ 4. Le mariage ne sera jamais permis s'il subsiste quelque doute que les parties sont consanguines à n'importe quel degré en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale », https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/fra/documents/cic_libro4_cann1083-1094_fr.html.

confusion de la façon de compter les degrés au civil et au canonique et de là résultèrent les défenses générales de contracter mariage au quatrième degré, c'est-à-dire jusqu'aux petits-enfants des cousins-germains »¹⁰³.

Portalis le justifie ainsi : « Nous n'avons pas même cru que le mariage dût être prohibé entre cousins-germains. Il est incontestable que les mariages entre cousins-germains, permis par le droit naturel, n'ont jamais été défendus par le droit divin »¹⁰⁴. Il paraît difficile de les dénombrer précisément, mais en se référant à la carte ci-dessus, ils représentent entre 5 et 10% des unions civiles¹⁰⁵.

29. Parmi les consécutions d'unions civiles interdites, l'article 164 du Code civil demeure toujours une opportunité pour les partenaires qui souhaiteraient officialiser leur union incestueuse consentie. L'article 164 du Code civil prévoit, à cet égard, une dispense aux termes de laquelle : « [...] il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° Par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ; 2° (Abrogé) ; 3° Par l'article 163 ». Dans le Code civil de 1804, l'article 164 ne prévoyait pas l'actuelle dispense du 1°, mais seulement celle concernant les oncles et tantes et les nièces et neveux : « Néanmoins, le Gouvernement pourra, pour des causes graves, lever les prohibitions portées au précédent article »¹⁰⁶. À l'occasion d'une question posée par un élu¹⁰⁷ au ministre de la Justice, ce dernier a déclaré que : « [...] la cause grave peut être caractérisée par l'existence d'enfants nés ou à naître ou par une vie commune stable et d'une durée suffisante pour le couple »¹⁰⁸. Il est étonnant que les causes justifiant la dispense [existence d'enfants nés ou à naître ou vie commune stable] correspondent aux résultats que les prohibitions visent

¹⁰³ P-A. FENET, *Recueil complet... op. cit.*, T-9.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ V. *Supra*, n° 17.

¹⁰⁶ Code civil des Français, chez G. HUYGHE, Imprimeur-Lib., Marché-aux-Fromages, 1804, p. 27.

¹⁰⁷ Question écrite n° 06852 de M. Jean-Louis MASSON (Moselle - NI), publiée dans le JO Sénat du 13/06/2013 – p. 1767.

¹⁰⁸ Réponse du ministère de la Justice, publiée dans le JO Sénat du 15/05/2014 – p. 1147.

à empêcher de générer¹⁰⁹. Peut-on imaginer que le président de la République autorise tous les mariages d'une tante enceinte de son neveu ? Il est difficile, là encore d'en être certain dans la mesure où les données sur le nombre de décisions prises en ce sens sont introuvables¹¹⁰. On sait, en revanche, que dans un premier temps, les demandes de dispense sont instruites par le procureur de la République qui diligente des mesures d'investigations prises en charge par l'État. Dans un deuxième temps, les services de police ou de gendarmerie « peuvent entendre toutes les parties concernées par la demande et en premier lieu les intéressés sur leur motivation »¹¹¹. Enfin, « le dossier est transmis, accompagné d'un rapport, à la Chancellerie qui propose au Président de la République soit un décret autorisant le mariage demandé, soit le rejet de la demande »¹¹².

30. Certaines décisions de justice se font toutefois l'écho de telles demandes qui ont donc bien une réalité, même s'il est difficile de les quantifier. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1991¹¹³ en témoigne. Ce dernier fait état d'un homme qui est parvenu à épouser l'ex-femme de son frère. L'homme avait institué sa nouvelle femme¹¹⁴ comme légataire universelle et l'enfant, né d'une précédente union, avait demandé la nullité du mariage conclu entre sa tante et son père. Alors que la cour d'appel avait retenu le caractère putatif¹¹⁵ du

¹⁰⁹ V. J. HAUSER, « C'est légal parce que je le veux ! Du contrôle des autorisations présidentielles », *RTD civ.* 2006, p. 91. L'auteur est très critique sur la légitimité d'une telle dispense accordée par le Président de la République.

¹¹⁰ V. *contra*, D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 290, p. 2. L'auteur écrit qu'en 2001, cinq dispenses pour raison d'alliance ont été accordées et cinq pour motif de parenté. En 2002, quatre dispenses ont été accordées pour motif de parenté. En revanche, on ne sait pas dire combien de demandes ont été formulées.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Civ. 1^{er}, 25 juin 1991, n° 90-10.507.

¹¹⁴ Il avait eu un enfant avec sa précédente femme, décédée.

¹¹⁵ M. LAMARCHE, *V^{is} Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage*, Chapitre 115, Dalloz action Droit de la famille, 2020-2021, n° 115-261 : « L'anéantissement rétroactif du mariage prononcé judiciairement comporte une exception pour

mariage, le demandeur lui reprochait d'avoir simplement recherché si les époux avaient eu connaissance de l'interdiction de contracter une telle union. Selon le plaideur, elle devait rechercher, pour caractériser la mauvaise foi, si les époux n'avaient pas sciemment enfreint l'ordre public et les bonnes mœurs. La question posée à la Cour de cassation revient à se demander si deux personnes qui ne savent pas qu'elles n'ont pas le droit de contracter mariage peuvent toutefois avoir conscience d'enfreindre, par un tel mariage, l'ordre public et les bonnes mœurs¹¹⁶. La Cour de cassation, dans cet arrêt, ne ferme pourtant pas la porte à la possibilité pour un tiers d'annuler un mariage en raison de sa contrariété avec l'ordre public et les bonnes mœurs : « Mais attendu que la nullité du mariage ayant été prononcée sur le seul fondement de l'absence de dispense du Président de la République, la cour d'appel a retenu à bon droit que le caractère frauduleux des deux mariages de Mme M... et de son divorce qui était allégué, ne saurait être constitutif de la mauvaise foi, dès lors qu'elle a estimé souverainement qu'il n'était pas établi que René X... et Mme M... avaient connaissance, en s'unissant, de l'existence d'un empêchement s'opposant à la célébration d'un mariage valable »¹¹⁷. On peut en déduire que si la nullité du mariage avait aussi été, par exemple, prononcée sur le fondement de l'article 6 du Code civil¹¹⁸, le caractère putatif du mariage aurait pu être refusé aux époux incestueux sans qu'il ait été nécessaire de prouver leur mauvaise foi. L'ordre public pourrait alors devenir une arme de destruction massive des contrats de mauvaises mœurs au service d'un droit naturel au sens de Grotius et Thomasius¹¹⁹.

le ou les époux de bonne foi. Dans cette hypothèse, l'annulation ne produit ses effets que pour l'avenir, les effets antérieurement produits par le mariage subsistant ».

¹¹⁶ Et si cette infraction peut alors caractériser une mauvaise foi de leur part les privant du droit de bénéficier du caractère putatif de leur mariage.

¹¹⁷ Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, n° 90-10.507.

¹¹⁸ Art. 6 C. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹¹⁹ V. *Supra* n° 21.

31. D'autres arrêts mettent en évidence la sollicitation de mariages interdits. En Inde, une nièce épouse son oncle. Les époux souhaitent transcrire leurs actes de mariage en France, mais le consulat soupçonne l'inceste et saisit le procureur de la République. Ce dernier assigne les époux aux fins d'annulation de leur mariage sur le fondement de cet article 163 du Code civil. La Cour d'appel de Rennes fait valoir que les causes graves prévues à l'article 164 du Code civil ne sont pas réunies en l'espèce -était-ce à la cour d'appel de l'apprécier?¹²⁰ – et qu'« il résulte de la jurisprudence que la nullité résultant de la violation des articles 161 à 163, est absolue et d'ordre public, qu'elle est indélébile et ne peut être couverte par l'obtention de dispenses qui seraient accordées postérieurement à la célébration du mariage »¹²¹. Plus connue, est l'affaire qui a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme le 13 septembre 2005¹²². Un beau-père et sa belle-fille, souhaitent se marier, mais ne le peuvent en raison de l'empêchement à mariage entre alliés prévu par le droit anglais. La CEDH juge qu'un tel empêchement poursuit un but légitime de protection de l'intégrité de la famille, mais constitue une atteinte excessive au droit au mariage. La Cour fait la lumière sur l'inceste consenti puisqu'elle observe que l'obstacle au mariage n'empêche pas des relations incestueuses de se nouer. Elle ajoute qu'il n'existe pas de dispositions de droit pénal interdisant les relations hors mariage entre des beaux-parents et leurs beaux-enfants, et qu'à cet égard, l'interdiction du mariage des deux requérants supprime le risque allégué de confusion ou d'insécurité affective chez le fils de la deuxième requérante. À noter toutefois que, d'après une affaire antérieure à laquelle se réfère la CEDH, le parlement britannique avait estimé que l'interdiction du mariage ne poursuivait aucun but utile d'ordre public. La Cour sanctionnait en faisant valoir que : « l'incohérence entre les buts déclarés de l'empêchement et la

¹²⁰ En effet, aucune demande n'avait été formulée auprès du Président de la République.

¹²¹ CA Rennes 10 jan. 2012, n° 10/03897.

¹²² CEDH 13 sept. 2005, n° 36536/02, *D.* 2006. Pan. 1418, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 738, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2006. I. 109, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, n° 234, note A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE. V. aussi : CE, 2e et 7e s.-sect. réun., 12 oct. 2005, req. n° 264446, *D.* 2005, IR p. 2705 ; *AJDA* 2005, p. 2036 ; *AJ Famille* 2005, p. 451, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2006, p. 91, obs. J. HAUSER.

dérogação appliquée dans certains cas compromet la rationalité et la logique de la loi en question »¹²³. Beaucoup ont vu dans cette décision une approbation, ou tout du moins, un « rétrécissement progressif [...] des empêchements à mariage »¹²⁴. Cette décision est à rapprocher de celle de la Cour de cassation du 4 décembre 2013¹²⁵ dans laquelle la juridiction a été confrontée à deux principes fondamentaux d'application simultanée impossible : le respect de la législation sur l'empêchement à mariage et le respect à la vie privée. La Cour de cassation, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, a refusé de faire droit à la demande de nullité d'un mariage (entre une belle-fille et son ex-beau-père) sur le fondement de l'article 161 du Code civil au motif que cette annulation causerait à la belle-fille une « ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans »¹²⁶. Cette décision a fait couler beaucoup d'encre, mais a eu le mérite de montrer qu'il était possible, au nom du principe de proportionnalité, de relativiser un interdit aussi fort que l'inceste lorsque cela était jugé nécessaire par la situation d'espèce.

2. L'inceste consenti dans le concubinage

32. L'inceste consenti prend une forme légale lorsqu'il s'établit par concubinage. Un auteur le rappelait : « La définition donnée par l'article 515-8

¹²³ *Ibid.* V. spé : https://hudoc.echr.coe.int/fre#_ftn1.

¹²⁴ J-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, « Mariage, Concubinage - Pacte civil de solidarité », *D.* 2006, p. 1414.

¹²⁵ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *AJ fam.* 2013. P. 663, obs. F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2014. 179, note F. CHÉNEDÉ ; J-J LEMOULAND, note *D.* 2014. 1342 ; *RTD civ.* 2014. 88, note J. HAUSER ; *D.* 2014. 153, note H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2014. 307 note J-P. MARGUENAUD, *D.* 2017. 123, note V. VIGNEAU.

¹²⁶ *Ibid.*

du Code civil du concubinage n'emporte en effet aucune restriction relative à la parenté ou au principe monogamique »¹²⁷. Ainsi, « en théorie [...] des concubinages incestueux ou concomitants pourraient produire des effets juridiques »¹²⁸. Certaines mairies délivrent, en effet, des certificats de vie commune ou de concubinage qui permettent de prouver que deux personnes vivent en union libre. Ces documents sont parfois demandés par certains organismes pour permettre aux impétrants de bénéficier de certains droits ou avantages¹²⁹. Seules les pièces d'identité, des justificatifs de domicile ou parfois plus rarement des attestations de témoins sont demandés pour se procurer ces certificats. Ainsi, il sera difficile pour la marie de trouver un fondement juridique pour justifier un refus de délivrer (même si un justificatif de refus n'est pas nécessaire, car la délivrance de ce document n'est pas obligatoire) ou même de savoir que les demandeurs sont de la même famille. Un père n'aura pas forcément le même nom que sa fille si celle-ci en a changé ou si les parents lui ont donné celui de la mère. En cas de suspicion de parenté, le personnel de la mairie pourrait-il évoquer les notions d'ordre public et de bonnes mœurs pour refuser les effets d'un concubinage incestueux ?¹³⁰ Certains font valoir que les personnes en situation de concubinage avec un parent ne seraient même pas en droit d'agir en justice¹³¹. Dans le cas d'un inceste consenti, et seulement dans ce cas, il paraît quand même difficilement justifiable de procéder à une telle discrimination.

33. Les droits créés par la situation de concubinage ne sont pas anodins. Ils sont même nombreux : en matière de logement¹³² (droit au bail

¹²⁷ M. LAMARCHE, Répertoire de droit civil, v^{is} Pacte civil de solidarité, juil. 2021, n° 75.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1433>.

¹³⁰ C'est tout du moins l'avis de cet auteur : M. LAMARCHE, Répertoire de droit civil, v^{is} Pacte civil de solidarité, juil. 2021, n° 75.

¹³¹ X. LABBEE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 334, p. 5.

¹³² L'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 permet au propriétaire de donner congé à son locataire, lorsqu'il souhaite reprendre le local à son profit ou au profit de son concubin, voire même au profit des enfants de son concubin. L'article 14 de cette même loi reconnaît, quant à lui, la

entre autres), en matière de prestations sociales, d'assurances, en matière fiscale (la déduction de frais réels de transport entre le domicile et le lieu de travail, en application de l'article 88 du code général des impôts), en matière de représentation et assistance, d'acquisition d'un titre de séjour ou en matière de PMA¹³³.

En France, l'oncle et sa nièce concubins ne peuvent pas contracter mariage sans l'autorisation du président de la République, mais peuvent vivre en concubinage, faire des enfants et établir la double filiation¹³⁴...

34. Plus compliquée est la question d'une relation entre un ascendant et son descendant majeur. *A priori*, le consentement ne devrait pas poser de difficultés. Deux personnes majeures sont libres de consentir à une relation sexuelle. On pourra, toutefois, mettre en avant les nouvelles questions portées à travers la notion de consentement.

B. Le consentement à l'inceste en question

continuité du contrat de location au profit du concubin en cas d'abandon par le locataire (sur le sort du logement des concubins.

¹³³ Si les concubins incestueux souhaitant éviter les effets supposés de la consanguinité décidaient de recourir à la PMA, ils seraient sans doute freinés par l'article 342-10 du Code civil qui subordonne la PMA à l'établissement de la double filiation, double filiation interdite en droit français entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne et entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs, mais pas entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce¹³³.

¹³⁴ *Ibid.*

35. Consentir à l'inceste revient, le plus souvent, à consentir à un acte sexuel¹³⁵. On devine le juriste mal à l'aise face à cette question du consentement qui est une notion qu'il connaît très bien, mais qu'il rencontre plus souvent en droit des contrats. En effet, on ne consent pas à un acte comme on consent à une relation sexuelle. Une relation amoureuse n'est pas un contrat entre deux personnes, si bien que le droit des contrats peut difficilement venir à l'aide pour lui appliquer sa théorie.

36. La question du consentement à une relation et plus particulièrement, à une relation sexuelle est aujourd'hui très d'actualité si bien que dans certains États d'Amérique, comme la Californie, sont mis en place de véritables « contrats sexuels » à faire signer à son partenaire avant ou après la relation sexuelle¹³⁶. Ces contrats permettraient de s'assurer de l'existence d'un consentement libre et éclairé entre les deux partenaires. Ce n'est toutefois pas la vision qui prédomine encore et elle se trouve contraire à la tradition civile française selon laquelle les hommes en 1804 et les Hommes aujourd'hui sont réputés avoir un libre arbitre. Les hommes et les femmes majeurs sont réputés libres. De cette liberté découle une grande responsabilité. Celle de prendre soin de l'autre dans le respect de sa propre liberté¹³⁷. C'est ce qui constitue le ciment des relations humaines et ce qui permet de faire fonctionner une société.

¹³⁵ Les amours platoniques existent toutefois et la question de leur qualification se pose ; V. sur le consentement : M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, p. 197.

¹³⁶ X. LABEE, « Le contrat sexuel et la sincérité », *Gaz. Pal.*, Actualité, déc. 2017, n° 44.

¹³⁷ Il faut toutefois faire attention à ce que l'argument de la liberté ne devienne pas un argument en faveur de celui qui impose des rapports sexuels à son partenaire. Ce phénomène est expliqué dans l'ouvrage du Professeur Fabre-Magnan : V. *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 199 et s. : « Interdire à une personne de renoncer à sa protection contre autrui n'est pas la protéger contre elle-même, mais au contraire le seul moyen pour le droit de garantir sa protection contre autrui ». À cet égard, il peut être légitime, au nom l'ordre public et des bonnes mœurs, de prohiber les relations sexuelles entre certaines personnes. L'auteur ajoute : « Exiger que, au nom de la liberté individuelle, soit reconnu le droit de chacun de consentir à l'empiétement d'autrui conduit à détruire cet édifice en autorisant les plus forts à occuper tout l'espace et toutes les places, et donc à laisser libre cours au pouvoir et à la domination » (*Ibid*, p. 201).

37. Loin de réclamer la généralisation de ces fameux « contrats sexuels », la théorie des vices de consentement n'est pas totalement inutile pour analyser la question de l'existence du consentement dans une relation. Elle est utile pour comprendre qu'un consentement peut être vicié par des manœuvres dolosives, ou des violences physiques et/ou morales. Toutefois, elle ne vient à l'aide des parties prenantes qu'une fois qu'il est trop tard. Surtout, en droit des contrats, elle vise principalement à permettre aux parties l'annulation du contrat. Cela signifie que ce dernier serait effacé rétroactivement et qu'il faudrait remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant que le contrat n'ait été formé. Or, cela est évidemment impossible dans le sujet qui nous intéresse. En droit civil, seule la sanction prenant la forme de dommages et intérêts serait pertinente et possible. Là encore, elle ne vient qu'une fois le mal est fait. Il n'y a guère d'autres moyens de réputer l'homme libre de ses choix et de lui en laisser sa responsabilité. Si deux personnes majeures de même sang souhaitent s'unir dans une relation sexuelle ou même établir une relation établie, cela ne concerne qu'elles. Il faut s'en tenir à cette liberté avec les réserves précisées en amont¹³⁸. En effet, comme l'explique parfaitement un auteur : « [...] la limite posée à la liberté des uns dessine et garantit à autrui, et donc à chacun, un espace de liberté protégé de l'empiétement et de l'emprise d'autrui, qui vaut reconnaissance de son altérité et de sa place »¹³⁹.

38. Cela est plus compliqué, en revanche dans certaines unions qui ont pour origine une relation d'autorité comme un père ou une mère avec ses enfants. Si une telle relation ne fait pas aujourd'hui l'objet d'une interdiction dès lors que les individus sont majeurs, la préexistence d'une relation d'autorité jette le trouble sur l'exactitude du consentement. Il faut penser à l'écrivaine Anaïs Nin qui évoque ses rapports sexuels avec son père alors qu'elle est âgée de 30 ans¹⁴⁰. Dans son journal, elle explique que ses rapports sont consentis. C'est

¹³⁸ V. nbp, n° 137.

¹³⁹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁰ L'auteur renvoie ici à la contribution de Simon Dubois Boucheraud : « *"I have remained the woman who loves incest"*. Anaïs Nin et l'inceste au prisme de la psychanalyse (1903-1977) ».

encore différent dans le cas de Christine Angot qui raconte dans *Voyage dans l'Est*, la relation sexuelle qu'elle entretient avec son père, à l'âge de 26 ans¹⁴¹. Or, il n'est pas contestable que cette relation se noue dans la continuité des viols qu'elle a subis par ce dernier dans son enfance¹⁴². Il est donc bien possible de s'interroger sur la fiabilité du consentement qu'elle concède à son père à ce moment-là. Là encore, l'existence d'un abus d'autorité est un critère particulièrement important pour caractériser une éventuelle infraction. L'autorité qu'un père détient sur sa fille, il ne la perd pas lorsqu'elle a sa majorité sexuelle et cela ne lui donne pas le droit d'avoir des relations sexuelles avec elle. Même si cette autorité n'est plus juridique, elle demeure généralement dans la pratique. Que peut faire alors le Droit ? Faut-il considérer que tout parent qui entretient des relations sexuelles avec son enfant commet un viol ? Aujourd'hui, la loi considère qu'il ne peut y avoir de consentement entre un majeur et une personne de moins de 15 ans. Serait-il possible d'intégrer qu'il ne peut y avoir de relations entre un parent et n'importe lequel de ses enfants tous âges confondus ? C'est aux pénalistes de résoudre cette question, mais qualifier ainsi ces relations permettrait aux victimes sous influence de se voir ouvrir une porte judiciaire afin d'échapper à l'emprise d'un ascendant. Les articles 222 et 222-1 du Code pénal¹⁴³ prévoient, quant à eux, qu'une agression sexuelle peut être caractérisée par une contrainte morale. Cette disposition pourrait-elle venir au secours des majeurs sous influence ?

Quant aux relations réellement voulues et désirées, elles ne paraissent admissibles qu'à condition qu'elles n'aient pas débuté durant l'enfance, qu'elles ne ressortent pas d'un rapport d'autorité, et que des preuves tangibles attestent d'une volonté claire et définie de nouer une relation. Cela pourra concerner les frères et sœurs ou un beau-père avec sa fille, une tante et son neveu, *etc.* C'est pour cette raison que la question du consentement à l'acte sexuel doit être posée.

¹⁴¹ C. ANGOT, *Le voyage dans l'Est*, Flammarion, p. 127.

¹⁴² D'où la question qui se pose : peut-on consentir civile adulte alors qu'on a été pénalement abusé enfant ?

¹⁴³ Art. 222-1 C. Pénal alinéa premier : « La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale ».

39. De plus en plus de réflexions sont menées sur le consentement sexuel. Un Groupe d'expert sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO), attaché au Conseil de l'Europe propose de préciser que le consentement : « doit être donné volontairement comme le résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes »¹⁴⁴. Non seulement, il est précisé qu'il est nécessaire de vérifier la liberté du consentement donné, mais par ailleurs, la définition a le mérite de préciser que ce consentement doit être apprécié au regard du contexte des circonstances environnantes [*sic*]. Cette approche est particulièrement intéressante concernant l'inceste lorsque l'on sait que selon le droit pénal français une personne est présumée avoir été consentante à l'acte sexuel à moins qu'elle ne démontre que son agresseur a eu recours à la violence, la contrainte ou la surprise¹⁴⁵. À l'aide de cette définition, les juges pourront plus facilement déduire du contexte familial, une absence de consentement. Ce qui est demandé c'est que ce ne soit plus tellement le consentement qui soit nécessaire à l'acte sexuel, mais la volonté de s'y adonner. Cette distinction a été mise en avant par un auteur dans la revue trimestrielle de droit civil en 1995. Pour ce dernier, volontés et consentements ne peuvent être confondus : « La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté »¹⁴⁶. Le consentement est donc un terme qui se rapporte aux conséquences de la volonté : « symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté »¹⁴⁷. Il en résulte que consentir c'est souvent abolir ou soumettre sa propre volonté à quelqu'un d'autre alors que vouloir résulte d'un libre choix

¹⁴⁴ Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes, 2011, cité in C. LE MAGUERESSE, « De la centralité du consentement », *Les cahiers de la justice*, 2021, n°4, p. 613.

¹⁴⁵ *Ibid.* V. aussi A. DARSONVILLE, « Réformer l'incrimination de viol ? », *Dalloz* entretien, 2017 ; J. PORTIER, F. SOBRY, « L'importance d'être consentant : les enjeux d'une exigence de consentement sexuel explicite en droit pénal français », *AJ Pénal* 2019, p. 431.

¹⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

¹⁴⁷ *Ibid.*

réfléchi¹⁴⁸. Le 26 mai dernier, le Congrès espagnol a approuvé une loi visant à renforcer la lutte contre le viol en considérant que tout acte sexuel non consenti de manière claire et libre sera considéré comme un viol aux yeux de la justice¹⁴⁹. Si la loi parvient à convaincre le Sénat, l'Espagne deviendrait l'un des premiers pays à adopter une loi aussi ambitieuse sur le consentement sexuel.

40. Il faut espérer que cette étude permette de soulever le lourd dais posé sur la réalité de l'inceste et de changer de regard sur celui-ci. Il n'est pas question de supprimer les prohibitions civiles ni d'encourager les actes incestueux. La plupart de ces interdictions civiles et morales sont nécessaires pour faire fonctionner la famille sainement et sereinement. Elles permettent d'éviter les collusions, les confusions des genres dans la confusion des gènes. En revanche, puisque l'inceste est une pratique ante millénaire, notre regard doit changer pour cesser de traiter systématiquement ceux qui la pratiqueraient ou leurs enfants en bêtes immondes. L'inceste consenti est encore aujourd'hui une réalité de nos sociétés.

Propositions :

1. La création d'une définition de l'inceste permettra de clarifier les choses. Elle aura deux principales vertus. La première, celle de délimiter la notion et d'appréhender toutes les situations qui relèvent de l'inceste. La seconde découle de la première. Considérée largement, la définition donnée de l'inceste aura la vertu pédagogique et normative¹⁵⁰ d'énoncer qu'il existe des cas d'inceste légaux et consentis. Il a ainsi été proposé de le définir comme :

¹⁴⁸ H. CONTE, *Volonté et droit de la responsabilité civile*, coll. P. KAYSER, éd. PUAM, 2019, n°11.

¹⁴⁹ V. <https://www.courrierinternational.com/article/loi-l-espagne-fait-du-consentement-la-cle-de-la-liberte-sexuelle#:~:text=Jeudi%2026%20mai%2C%20le%20Congr%C3%A8s,garde%20de%20ses%20voisins%20europ%C3%A9ens>.

¹⁵⁰ Sur la portée normative des définitions, V. L-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, PUTI Capitoile, 2017, spé., n° 446.

« l'ensemble des relations sexuelles ou établies, entre deux personnes issues d'une même filiation ou apparentées qui donne le plus souvent lieu à des interdictions d'unions civiles selon des degrés déterminés par la loi ou parfois même à des sanctions pénales »¹⁵¹. Si on ne se réfère qu'au droit français actuel, la définition devrait être la suivante : « Relation amoureuse entre deux personnes qui sont parentes ou alliées à un degré qui entraîne la prohibition d'unions civiles (mariage, pacs) par les lois civiles »¹⁵².

2. Il est nécessaire de repenser la notion de consentement à l'acte sexuel dans le cadre des relations incestueuses. Dans ces cas, il est nécessaire que soit apportée la preuve d'une volonté libre et éclairée se traduisant par un acte positif et sans ambiguïté. La définition, dans ces cas-là, pourrait ainsi être celle donnée par le GREVIO qui considère que le consentement à l'acte sexuel : « doit être donné volontairement comme le résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes »¹⁵³.

3. La délivrance de certificats de concubinage devrait être subordonnée à une recherche de l'existence d'une parenté dans les degrés donnant lieu à une interdiction aux unions civiles au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs. En effet, même dans une relation de concubinage, la prohibition de l'inceste permet la construction culturelle du temps, mais aussi d'éviter la confusion entre les générations et dans les familles.

¹⁵¹ V. *Supra*, n° 4.

¹⁵² V. *Supra*, n° 5.

¹⁵³ Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes, 2011, cité in C. LE MAGUERESSE, « De la centralité du consentement », *Les cahiers de la justice*, 2021, n°4, p. 613 ; V. *Supra*, n° 38.