



HAL
open science

L'inceste consenti en droit pénal. Les leçons du droit allemand

Jade Queudet, Max Thedieck

► **To cite this version:**

Jade Queudet, Max Thedieck. L'inceste consenti en droit pénal. Les leçons du droit allemand. Revue Lexsociété, 2023, 10.61953/lex.3339 . hal-03971044

HAL Id: hal-03971044

<https://hal.science/hal-03971044v1>

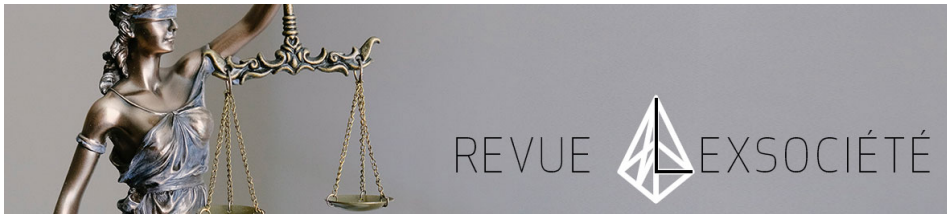
Submitted on 27 Mar 2023

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

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



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



L'inceste consenti en droit pénal. Les leçons du droit allemand

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

JADE QUEUDET ET MAX THEDIECK

Université Bourgogne Franche-Comté, Dijon

Johannes Gutenberg Universität, Mainz

Résumé : Cette contribution s'inscrit dans le cadre de la présentation de la complexité juridique de l'inceste consenti. L'accent est mis principalement sur le droit pénal allemand. Néanmoins, des parallèles avec le droit français seront réalisés. À l'aide de cette participation, il est permis une comparaison entre les droits pénaux français et allemand. Une mise en lumière des mécanismes juridiques quant à une relation entre membres d'une même famille avec consentement est ainsi étudiée, tant dans leurs apports sociétaux que dans leurs contestabilités.

Ce travail a été écrit par deux étudiants, l'une française et l'autre allemand. Nous sommes tous deux en master 2 dans le cursus intégré Dijon/Mayence et inscrits aux deux universités de Dijon et de Mayence.

Mots-clés : Inceste ; Inceste consenti ; Droit pénal allemand ; Droit comparé franco-allemand ; *Rechtsgut* ; Condamnation ; Constitutionnalité.

« Épouser sa sœur est un péché chez les chrétiens, mais pas un délit civil. Car on appelle crime ou injustice uniquement ce par quoi j'offense quelqu'un... Il peut y avoir quelque chose d'infâme, il peut y avoir quelque chose de pécheur et pourtant, civilement, ce n'est pas un crime. Homme, citoyen et chrétien sont trois notions différentes »¹.

Karl Ferdinand HOMMEL,
1778

Les juristes allemands du XVIII^e siècle évoquaient déjà la notion d'inceste et plus particulièrement ses tabous. Parmi eux, Karl Ferdinand HOMMEL - juriste allemand et professeur à l'Université de Leipzig au XVIII^e siècle - s'est démarqué avec sa vision contemporaine et sa grande influence sur le droit pénal allemand. Il prônait la lutte contre la peine de la mort et par ce biais, l'humanisation du droit pénal. En effet, le simple fait d'inceste, même consenti, était à cette époque pénalement sanctionné en Allemagne. Trois siècles plus tard, cet acte continue d'être réprimé et condamné malgré l'évolution des mentalités et de la société.

Étymologiquement, le terme d'inceste vient à l'origine du latin « *incestum* », ce qui signifie rendre impur. L'adjectif latin « *incestus* » est composé de « *in* » - désignant en français « sans » - et de « *castus* » - symbolisant la chasteté, la pureté². Nonobstant les différentes notions qui peuvent exister, le terme d'inceste se définit de manière générale par la pratique « d'une sexualité, consentie ou non, entre parents biologiques³ ». En Allemagne, à la suite du rapport de l'Institut Max-Planck pour l'étude de la criminalité, de la sécurité et du droit rendu dans le cadre de la célèbre affaire Patrick Stübing de la Cour constitutionnelle fédérale de 2008⁴, l'inceste désigne

¹ Claus ROXIN, « Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests », StV, 2009, p. 544.

² Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2020, p. 528.

³ Fabienne GIULIANI, « Le crime sans nom », *Sociétés & Représentations*, 2016/2, n° 42, p. 31.

⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 26 février 2008, 2 BvR 392/07.

plus précisément la « pratique d'actes sexuels consentis entre membres adultes d'une même famille »⁵.

En France, un long débat s'est développé sur l'éventuelle réintroduction de la notion d'inceste dans le Code pénal. Ce concept, interprété du point de vue français, diffère de celui donné par le droit allemand. Sa définition, au sens pénal, se trouve aujourd'hui dans les articles 222-22-3 et 227-27-2-1 du Code pénal français. Selon lesdits articles, les atteintes sexuelles sur mineur (article 227-27-2-1) ainsi que le viol et les agressions sexuelles (article 222-22-3) sont qualifiés d'incestueux lorsque l'acte a été commis par un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce. Il est ajouté qu'il y a également qualification d'inceste lorsque l'acte en question a été commis par le conjoint, le concubin ou le partenaire des personnes préalablement désignées - à condition que celui-ci ait une autorité de droit ou de fait sur la victime. Dans le cadre du régime de l'absence de consentement, l'inceste vient aggraver les faits déjà réalisés d'atteintes sexuelles, d'agressions sexuelles ou de viols.

Sous l'influence d'une forte pression des victimes d'inceste, la loi du 8 février 2010 a permis de réintroduire cette notion d'inceste dans le Code pénal français mais uniquement en tant qu'aggravation des infractions de viols, d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles⁶. Une évolution plus récente, par la loi du 21 avril 2021 relative à la protection des mineurs, pose cependant des conditions. D'une part, elle fixe le seuil de consentement à 18 ans en cas d'inceste et d'autre part, il y aura également qualification d'inceste lorsqu'une pratique sexuelle aura eu lieu entre un mineur et un majeur - ascendant ou

⁵ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB*, Fassung vom 19.11.2007, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, p. 27 ; Deutscher Ethikrat, *Inzestverbot - Stellungnahme vom 24.9.2014*, p. 25-26.

⁶ Delors GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/3, n° 3, p. 599-611.

mentionné à l'article 222-22-3 du Code pénal - et ayant autorité de droit ou de fait sur ledit mineur ; autorité qui devra, en tout état de cause, être prouvée⁷.

Les différences d'interprétation entre la France et l'Allemagne de la notion surgissent de prime abord. Même s'il y avait réellement la volonté de réintégrer ce paramètre dans le Code pénal français, cela excluait - c'est-à-dire ne prenait pas en compte et *a fortiori* ne condamnait pas - toute relation consentie entre adultes d'une même famille ; à la différence de l'approche allemande. Néanmoins, l'absence de pénalisation du simple fait d'inceste consenti s'avère être de plus en plus critiquée. Le secrétaire d'État à l'Enfance questionne même la sagesse de loi Billon de 2021 fixant le seuil de consentement à dix-huit ans en cas d'inceste : « Quel que soit l'âge, on n'a pas de relations sexuelles avec son père, son fils, ou sa fille »⁸. Serait-ce le début d'un parallèle avec le droit allemand ? Ces nouvelles discussions remettent alors fortement en cause l'approche et la situation juridique actuelle française.

De surcroît, que l'on se place au regard des droits français ou allemand, la notion d'inceste fait resurgir la place des droits fondamentaux accordés à l'être humain. En effet, pour déterminer l'interdiction ou l'admission de la relation entre parents au sens large, le législateur et les autorités ont dû mettre en balance les intérêts des individus avec la morale sociétale ; qui va alors varier en fonction de l'interprétation et des mœurs de chacun de ces deux pays.

Pour continuer au regard du droit civil, la formation du mariage requiert un consentement réel, existant et intègre, c'est-à-dire non vicié. Cependant, même si un consentement a été émis, des conditions morales et sociales sont à respecter tant en droit allemand qu'en droit français ; cela passe notamment par l'interdiction du mariage incestueux.

Ainsi, les dispositions des droits français et allemand convergent quant au régime matrimonial. En effet, en droit allemand, le § 1307 du *Bürgerliches*

⁷ Agnès LECLAIR, « Violences sexuelles : le texte pour renforcer la protection des mineurs adopté au Sénat », *Le Figaro*, 25.03.2021.

⁸ Félix D'ORSO, « Adrien Taquet favorable à une « interdiction claire » de l'inceste quel que soit l'âge », *Le Parisien*, 06.01.2022.

Gesetzbuch (BGB)⁹ interdit tout mariage en ligne directe, entre frères et sœurs et entre demi-sœurs et demi-frères. Le § 1589 du BGB¹⁰ précise que « les personnes dont l'une descend de l'autre sont apparentées en ligne directe ». En droit français, c'est l'article 161 du Code civil qui prohibe tout mariage en ligne directe entre « tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». La ligne directe se caractérise - tout comme en droit allemand - par la relation entre un ascendant et un descendant à tous les degrés. Puis, les articles 162 et 163 du Code civil interdisent respectivement le mariage en ligne collatérale, c'est-à-dire entre frère et sœur et entre des frères ou des sœurs, mais aussi le mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et la tante et la nièce ou le neveu. Pour les mariages entre des personnes se trouvant plus éloignées dans l'arbre généalogique, le mariage est possible ; tel est le cas entre cousins germains, eu égard aux droits allemand et français. Enfin, ces deux droits se rejoignent également quant à la conséquence d'un tel mariage, soit l'éventuelle annulation de celui-ci ; encore faut-il donc qu'une personne saisisse le juge à cette fin.

Dans le prolongement de la matière civile, les régimes de la filiation en droit français et allemand diffèrent sur un point essentiel. Le droit allemand ne prévoit aucune exemption ni empêchement à l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une relation incestueuse. Les deux parents peuvent donc légitimement et conformément établir leur filiation à l'égard de leur enfant¹¹. Par contraste, l'article 310-2 du Code civil français pose l'interdiction, pour un enfant, d'établir une double filiation s'il existe un cas d'inceste. En effet, dès lors qu'un enfant est né d'une relation incestueuse, il aura toujours la possibilité de disposer d'une filiation. Cependant, la filiation établie à l'égard de l'un des auteurs interdit l'établissement de la filiation à l'égard du second parent. Ce sera

⁹ § 1307 BGB : *Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Verwandten in gerader Linie sowie zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern. Dies gilt auch, wenn das Verwandtschaftsverhältnis durch Annahme als Kind erloschen ist.*

¹⁰ § 1589 BGB : *Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.*

¹¹ Edda PAULI, *Der sogenannte biologische Vater*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 55.

alors le lien de filiation établi en second qui sera prohibé et annulé. Contrairement au droit allemand dans lequel les deux parents peuvent tous deux établir leur lien de filiation à l'égard de leur enfant, cette situation juridique française a posé de nombreuses questions, notamment quant aux conséquences de ces dispositions à l'égard des enfants nés d'une relation incestueuse. Ainsi, un paradoxe s'installe entre les droits civils français et allemand.

Certes, le droit français condamne l'inceste en cas de non-consentement, tout comme le droit pénal allemand avec le § 174 du *Strafgesetzbuch* (StGB). Ce dernier prévoit dans son alinéa 1, point 3¹² de punir les personnes qui se livrent à des activités sexuelles sur un mineur, qui est leur descendant ou celui de leur conjoint, partenaire ou compagnon, ou qui font en sorte que le mineur protégé se livre à de telles activités.

Cependant, une autre branche juridique réserve des mécanismes contradictoires entre ces deux droits européens. Effectivement, le traitement pénal de l'inceste en droit français, dans le sens d'une « pratique d'actes sexuels consentis entre membres adultes d'une même famille », contraste fortement avec la réglementation stricte du droit allemand¹³, qui est presque sans précédent en Europe¹⁴. Il n'existe véritablement aucun équivalent au § 173 StGB en France, raison pour laquelle l'inceste consenti entre adultes ne peut en aucun cas donner lieu à une condamnation ni à une sanction. Ainsi, en France, l'inceste a été interprété jusqu'au XIX^e siècle comme une « pratique d'actes sexuels consentis entre membres adultes d'une même famille », comme le droit

¹² § 174, alinéa 1, point 3 StGB : *Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter achtzehn Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft lebt, vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer unter den Voraussetzungen des Satzes 1 den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen an oder vor einer dritten Person vornimmt oder von einer dritten Person an sich vornehmen lässt.*

¹³ La Suisse est l'un des rares exemples en Europe de pénalisation aussi sévère de l'inceste consenti et prévoit, comme le droit allemand, une peine de prison pouvant aller jusqu'à trois ans.

¹⁴ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 27.

allemand le conçoit encore aujourd'hui¹⁵. En raison du traitement de la thématique par les juristes et les écrivains français, cette compréhension s'est donc, comme énoncé précédemment, déplacée au XIX^e siècle vers l'inceste en tant qu'abus¹⁶. Dans l'ensemble, et nonobstant une laïcisation du droit provoquée par la Révolution française, l'horreur croissante de ces atrocités commises à l'encontre des enfants a conduit à un affaiblissement de la sécularisation et a posé, par ce biais, son empreinte, à savoir l'inceste consenti entre adultes en France¹⁷. Malgré ces discussions, la France ne considère toujours pas la personne consentante comme l'auteur de l'acte c'est-à-dire que ce n'est pas l'inceste qui devrait être combattu, mais plutôt ses causes sociales¹⁸.

Il est tout d'abord notoire qu'une convergence émerge dans ces deux droits français et allemand ; en effet, l'inceste est combattu et rejeté. Cependant, les mécanismes de restrictions et de condamnations divergent fortement ; l'un va poser des limitations en droit civil quand l'autre va prohiber sous le coup de loi pénale. Ainsi, le droit pénal français ne considère pas l'inceste lui-même comme un acte punissable et suit donc subséquentement sa solution d'impunité dans le régime du consentement mutuel ; à la différence du droit allemand.

La prohibition pénale en droit allemand est-elle le meilleur moyen d'appréhender le problème social de l'inceste consenti ?

L'inceste consenti est considéré, en Allemagne, comme une infraction depuis des millénaires et est donc punissable et sanctionné sévèrement. Nonobstant une progression de la morale sociétale - tant dans cet État germanophone que dans de nombreux États du monde - ainsi qu'une évolution des droits nationaux, jusqu'à une dépénalisation de l'inceste consenti dans les pays voisins, l'Allemagne a perpétué la pénalisation de cette pratique d'actes sexuels consentis (I). Néanmoins, les justifications de ce maintien

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Franz PALMEN, « Der Inzest », 1968, p. 65 ; Fabienne GIULIANI, « Le crime sans nom », art. cit., p. 31.

¹⁷ Anne-Marie SOHN, « Fabienne Giuliani, les liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^e siècle », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2015/4, n° 62-4, p. 182.

¹⁸ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 75.

s'avèrent de plus en plus mal fondées au regard de l'avancée de notre société actuelle (II).

I. Une infraction perpétuelle

En droit allemand, l'inceste consenti est strictement régi, encadré et sanctionné. Cette situation bénéficie d'une justification historique (A), qui s'est perpétuée jusqu'à obtenir, à l'heure actuelle, une justification contemporaine (B).

A. La justification historique

Comme énoncé précédemment, le droit français condamne l'inceste en cas de non-consentement mais uniquement en tant qu'abus. Le droit pénal allemand prend finalement le même chemin avec le § 174 StGB. Celui-ci prévoit dans son alinéa 1, point 3¹⁹ de punir les personnes qui se livrent à des activités sexuelles sur un mineur, qui est leur descendant ou celui de leur conjoint, partenaire ou compagnon, ou qui font en sorte que le mineur protégé se livre à de telles activités.

Le droit allemand connaît une norme pénale qui prévoit la condamnation de la « pratique d'actes sexuels consentis entre membres adultes d'une même famille »²⁰. Il s'agit d'une infraction ancienne dont les éléments

¹⁹ § 174, alinéa 1, point 3 StGB : *Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter achtzehn Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft lebt, vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer unter den Voraussetzungen des Satzes 1 den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen an oder vor einer dritten Person vornimmt oder von einer dritten Person an sich vornehmen lässt.*

²⁰ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 27 ; Deutscher Ethikrat, *Inzestverbot - Stellungnahme vom 24.9.2014*, p. 25-26.

constitutifs n'ont que peu évolué depuis sa création. Le § 173 StGB²¹ prévoit que quiconque consomme l'acte sexuel avec un descendant ou un ascendant naturel est puni d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende. Sont également punis les frères et sœurs biologiques qui ont consommé l'acte sexuel entre eux. La peine d'emprisonnement prévue par la loi peut aller jusqu'à trois ans dans des cas de consommation de l'acte sexuel avec un descendant naturel. Dans son alinéa 3, la disposition pénale prévoit un traitement spécial - totalement atypique pour le droit pénal allemand - selon lequel les descendants ou frères et sœurs ne sont pas punis s'ils n'ont pas encore atteint la majorité au moment de la commission de l'infraction. Les ascendants mineurs sont donc laissés de côté par cette exception, notamment pour protéger le bien-être de l'enfant, car le descendant est forcément un mineur si l'ascendant lui-même n'a pas encore atteint la majorité.

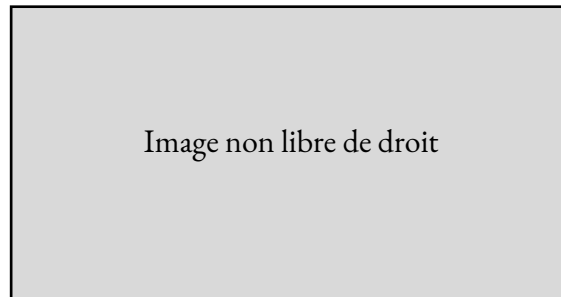
Malgré le caractère très complet de la réglementation, il convient de se référer à la jurisprudence pénale et à la littérature pour expliquer la notion d'acte sexuel au sens de la disposition. Cet acte sexuel ne concerne que les rapports vaginaux, c'est-à-dire l'union des organes sexuels féminins et masculins en vue de la procréation²². Par conséquent, une relation sexuelle entre personnes de même sexe ne peut pas être l'élément constitutif de l'infraction selon le § 173 StGB, puisqu'il ne peut en aucun cas y avoir, dans cette relation, un acte approprié à la procréation.

Il résulte également du libellé de la norme que chaque acte sexuel qui répond aux critères du § 173 StGB peut entraîner une peine dans la mesure prévue par la loi. Le fait que chaque acte sexuel entraîne une nouvelle réalisation des éléments constitutifs de l'infraction, en particulier dans le cas de couples,

²¹ § 173 StGB : (1) *Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.* (2) *Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.* (3) *Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.*

²² KÜHL Kristian, *Lackner/Kühl - Strafgesetzbuch Kommentar*, München, Verlag C.H.Beck, 29^{ème} édition 2018, § 173, point. 3 ; LG Mannheim, Urteil vom 16.11.1995 - (4) 3 Kls 5/95.

est notamment problématique. Cependant, selon le droit pénal allemand, cela ne conduit pas à un cumul pur et simple des peines, mais à une vue d'ensemble et à la détermination ultérieure de la peine. En outre, dans le cas d'un tel acte sexuel consensuel, il faut aussi soulever la question de la production éventuelle de preuves, qui n'est en réalité possible que par la grossesse résultant de l'acte incestueux. Le graphique suivant montre que le § 173 StGB n'est déjà plus d'actualité ou du moins qu'il ne l'est que très peu. Il représente les condamnations annuelles prononcées sur la base du § 173 StGB entre 1919 et 2010 :



Source : Hans-Jörg ALBRECHT,
« Inzest und Strafrecht – Ein rechtsvergleichendes und empirisches Gutachten », p. 6.

Il en ressort que depuis les années 1970, les condamnations pour actes incestueux sont constamment inférieures à 10 condamnations annuelles au niveau fédéral. La diminution constante des condamnations est notamment due aux réformes du § 173 StGB²³. L'origine de la pénalisation de l'inceste en Allemagne remonte à l'arrivée du christianisme. En effet, après son expansion en Europe centrale et occidentale, il a conduit dès le VI^e siècle à une première interdiction de l'inceste sur les territoires actuels de l'Allemagne²⁴. En effet, le droit allemand consacre aujourd'hui ce que l'Ancien Régime en France prévoyait ; c'est-à-dire une interdiction de l'inceste, dont les fondements reposent sur les interdictions de mariage du droit canonique pour les membres

²³ Hans-Jörg ALBRECHT, *op. cit.*, p. 5.

²⁴ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 4-5.

de la famille et sont donc d'origine biblique²⁵. Le chapitre 18 du Lévitique²⁶, considérant comme un péché grave le mariage entre parents et alliés de sang sans limite en ligne directe et jusqu'au troisième degré en ligne collatérale justifiant ainsi son interdiction, est particulièrement cité à cet égard²⁷. Cette prohibition trouve alors son commencement dans la religion juive, qui interdisait l'inceste notamment pour se distinguer des autres peuples n'ayant pas sanctionné l'inceste ou dans lesquels l'inceste était réservé aux familles nobles et aux souverains²⁸. Le véritable bannissement de l'inceste résulte dès lors des interdictions canoniques du mariage au sein de la famille et des relations sexuelles hors mariage punies par la loi ; de sorte que l'inceste, en tant que relation sexuelle obligatoirement hors mariage, était lui aussi pleinement sanctionné²⁹.

Certes, le siècle des Lumières et notamment la dépénalisation de l'inceste en France à la fin du XVIII^e siècle ont suscité un débat en Allemagne sur l'apport d'une éventuelle souplesse quant à la pénalisation de l'inceste³⁰. Des représentants importants du système juridique allemand ont avancé des arguments en faveur de la suppression de cette pénalisation. Le juriste Christian THOMASIVS - qui a joué un rôle décisif dans l'élimination du bûcher des sorcières et de la torture - décrit l'inceste comme une violation du droit divin mais non de la loi naturelle et exige une pénalité juste en raison de l'outrage à la pudeur³¹. En réalité, le débat du XIX^e siècle n'aboutit pas à l'abolition du délit, mais uniquement à une réduction de la peine dans les différentes régions qui formeront plus tard l'État allemand³². À partir de 1871, le § 173 du Code pénal

²⁵ Anne-Marie SOHN, *op. cit.*, p. 180-182. Voir Renaud BUEB, « L'inceste dans la doctrine pénale d'Ancien Régime », in A. BROBBEL DORSMAN, L. KONDRATUK, B. LAPEROUSCHNEIDER (dir.), *Genre, famille, vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 177-191.

²⁶ Anne-Marie SOHN, *op. cit.*, p. 182.

²⁷ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 5.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 5-6.

³⁰ Franz PALMEN, *op. cit.* ; Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 7.

³¹ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 7.

³² Franz PALMEN, *op. cit.*

impérial allemand a normalisé l'interdiction de l'inceste sous le titre de « honte de sang » (*Blutschande*)³³.

Une soixantaine d'années plus tard, les nationaux-socialistes en particulier ont profité d'une telle infraction pour y ajouter l'idée d'eugénisme - c'est-à-dire d'éviter les maladies génétiques chez les descendants³⁴. L'interdiction s'inscrivait parfaitement dans la quête du régime national-socialiste pour la « santé publique » et la « préservation de la pureté du patrimoine génétique national »³⁵. À cette époque, la soi-disant « honte de sang » se trouvait encore dans la section de « crimes et délits contre les bonnes mœurs » du StGB³⁶.

Dans la République démocratique allemande, une interdiction de l'inceste a été introduite, tout comme l'ancien § 173 StGB en République fédérale d'Allemagne. Toutefois, dans la République démocratique allemande, le bien juridique (*Rechtsgut*) à protéger était l'éducation morale des enfants dans les familles socialistes³⁷. En République fédérale d'Allemagne, un projet de loi du StGB qualifiait encore en 1962 la honte de sang en ligne ascendante comme l'un des crimes les plus graves du droit pénal³⁸. Quelques années plus tard, une réforme du StGB a certes permis de se détacher de la pénalisation d'éventuelles conceptions morales dépassées comme l'adultère ou l'homosexualité, mais le délit d'inceste n'a pas été concerné par cette réforme³⁹.

Dans les années 1970, l'incrimination de l'inceste dans le Code pénal a finalement été marquée par deux réformes qui lui ont donné sa forme actuelle. D'une part, l'inceste par alliance a été retiré de l'infraction, car il ne se justifiait pas par des raisons eugéniques⁴⁰. D'autre part, l'infraction a été renommée de « honte de sang » en « acte sexuel entre parents » et déplacée dans la section 12

³³ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 21.

³⁴ *Ibid.*, p. 57 ; Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 9.

³⁵ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ *Ibid.*, p. 9.

³⁷ Monika FROMMEL, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen - Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos, 5^{ème} édition 2017, § 173, point 9.

³⁸ Deutscher Bundestag, Projet du code pénal allemand, Drucksache IV/650, 4.10.1962, S. 348.

³⁹ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ Bundesgesetzblatt, Quatrième loi de réforme du droit pénal, Z1997 A, 23.11.1973, p. 1726 ; Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *ibid.*

du StGB, concernant les « crimes et délits contre l'état civil, le mariage et la famille »⁴¹.

Ainsi, les éléments constitutifs de l'infraction du § 173 StGB s'inscrivent toujours dans la tradition du droit canonique, malgré de nombreuses réformes adaptant le cercle des personnes ou la réduction des peines⁴². Cette argumentation est toujours suivie et rappelée par différentes Cours, tant nationales que supranationales ; renforçant ainsi la légitimité du droit pénal allemand.

B. La justification contemporaine

C'est dans le contexte de la version la plus récente du § 173 StGB qu'il faut apprécier l'affaire Patrick Stübing, qui a donné matière à réfléchir à la Cour constitutionnelle fédérale puis à la Cour européenne des droits de l'Homme à partir de 2008⁴³. L'affaire concerne alors l'inceste entre frères et sœurs et donc le cas spécial du § 173 alinéa 2 StGB. Toutefois, en tant que forme d'inceste sanctionnée par la peine la plus légère, les décisions rendues dans le cadre de l'affaire sont transposables à l'ensemble des faits constitutifs de l'inceste au sens du § 173 StGB⁴⁴.

En l'espèce, le mariage des parents du requérant né en 1976 - Patrick Stübing - et de sa sœur biologique Susan a été dissous peu avant la naissance de Susan en 1984. À l'âge de 7 ans, le demandeur a été adopté par une famille d'accueil, dont il a pris le nom de famille en même temps. À partir de ce moment, il n'a plus eu de lien avec sa famille biologique jusqu'en 2000, date à laquelle il a repris contact avec sa mère biologique et a fait la connaissance de Susan - dont l'existence lui était totalement inconnue jusqu'alors. Une relation s'est développée entre le frère et la sœur, qui a finalement donné naissance à

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Franz PALMEN, *op. cit.*

⁴³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 26 février 2008, 2 BvR 392/07 ; Cour européenne des droits de l'homme, 12 avril 2012, 43547/08.

⁴⁴ Stefan WIEDNER, *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar*, Berlin/Boston, Walter de Gruyter GmbH, 13^{ème} édition 2022, § 173, point 13.

quatre enfants à partir de 2001. Il convient également de noter que deux des quatre enfants nés de cette relation incestueuse souffrent de graves handicaps⁴⁵. Le tribunal d'instance a condamné Patrick Stübing à une peine d'emprisonnement de trente mois au total, notamment sur la base du § 173 StGB et donc pour « acte sexuel entre parents »⁴⁶. L'appel a échoué et, finalement, le demandeur a déposé un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans lequel il a contesté sa condamnation sur la base du § 173 StGB. Il a fait valoir que ladite disposition du StGB était inconstitutionnelle ; ceci entraînant donc la nullité de la disposition mais aussi de la condamnation qui en découlait.

Il va de soi que le § 173 StGB s'applique aussi bien aux frères qu'aux sœurs, de sorte que Susan a été inculpée pour les mêmes raisons que son frère. Néanmoins, pour cette dernière, d'autres circonstances s'ajoutent : elle n'était pas encore majeure lors de la conception de leur premier enfant commun et donc inévitablement mineure lors de l'infraction au § 173 StGB⁴⁷. Dans cette mesure, elle bénéficie au moins partiellement de l'impunité prévue par le § 173 alinéa 3 StGB. Même si les autres actes démontrables sous la forme de la conception d'autres enfants ont eu lieu après sa majorité, Susan est acquittée pour immaturité mentale selon le droit pénal des mineurs⁴⁸. Elle a uniquement été placée, durant un an, sous la surveillance et le contrôle d'une assistante sociale. La responsabilité pénale de Susan ne présente donc pas un grand potentiel de conflit en droit allemand et ne sera pas examinée plus en détail ci-après. Quant à la majorité sexuelle en Allemagne, cet aspect de minorité de Susan au moment de la première infraction ne sera donc pas abordé dans la poursuite de ce dossier.

Le recours constitutionnel déposé par le requérant Patrick Stübing a finalement été rejeté par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision du 26 février 2008, qui a fait l'objet de nombreux débats juridiques et qui a

⁴⁵ Dietmar HIPP, « Strafrecht : Gefährliche Liebe », *Der Spiegel*, 11/2008, p. 64.

⁴⁶ À cela s'est ajoutée une condamnation pour coups et blessures infligés par le plaignant mais ce point ne sera pas abordé dans la suite de l'article.

⁴⁷ Dietmar HIPP, *op. cit.*, p. 64-65.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 65.

finalement déclaré le § 173 StGB conforme à la Constitution⁴⁹. La question centrale qui se pose est donc la suivante : comment le législateur peut-il justifier l'interdiction de l'acte sexuel consenti entre deux majeurs sous peine d'amende et d'emprisonnement exorbitant au regard de la Constitution allemande ? Tout d'abord, on peut se demander si une interdiction punissable comme celle du § 173 StGB ne constitue pas une atteinte au cœur de l'organisation de la vie privée (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*). Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, ce cœur de l'organisation de la vie privée bénéficie d'une protection absolue qui découle de la dignité humaine ancrée dans la loi fondamentale allemande⁵⁰. La conséquence est donc que les atteintes à ce domaine essentiel ne peuvent en principe pas être justifiées⁵¹. Certes, cet aspect n'est nullement ignoré par la Cour constitutionnelle fédérale, mais celle-ci nie une atteinte au cœur de l'organisation de la vie privée en invoquant des motifs. La Cour fait valoir que l'acte sexuel entre frères et sœurs a également des répercussions sur des tiers - à savoir la famille et la société - ainsi que sur d'éventuels futurs enfants. De plus, elle argumente que l'interdiction de l'inceste n'a pour seul objet un comportement spécifique qui « ne réduit que ponctuellement les possibilités de communication intime »⁵².

Si l'on considère toutefois que la Cour constitutionnelle fédérale a déjà admis, dans des décisions antérieures, que les formes d'expression de la sexualité relèvent de ce domaine essentiel⁵³, il doit y avoir une atteinte à celui-ci même en cas d'interdiction - tel que consacré dans le § 173 StGB. Même s'il s'agit d'une atteinte ponctuelle, cela ne change rien au fait qu'il y ait une atteinte au cœur de l'organisation de la vie privée⁵⁴. Nonobstant la décision de la Cour

⁴⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 26 février 2008, *op. cit.* Il convient toutefois de préciser que le juge pénal *Hassemer* s'est écarté de ses collègues à la Cour constitutionnelle fédérale et, sous des arguments très convaincants, a opté pour une inconstitutionnalité du § 173 StGB.

⁵⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 03 mars 2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.

⁵¹ Friedhelm HUFEN, Matthias JAHN, « Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests », *JuS*, 2008, p. 551.

⁵² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 26 février 2008, *op. cit.*, point 40.

⁵³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 03 mars 2004, *op. cit.*

⁵⁴ Claus ROXIN, *op. cit.*, p. 548.

constitutionnelle fédérale et donc l'absence d'atteinte au cœur de l'organisation de la vie privée, le doute quant à la constitutionnalité du § 173 StGB reste présent chez de nombreux juristes.

En l'espèce, le requérant a fait valoir une violation de son autodétermination sexuelle, qui est protégée en tant que composante du droit général de la personnalité par les articles 2 alinéa 1 et 1 alinéa 1 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*). En outre, il évoque une atteinte à la libre organisation de la sphère privée d'autonomie et de vie, protégée par l'article 6, alinéa 1 de la loi fondamentale. Cette dernière comprend notamment la liberté de fonder une famille avec un partenaire de son choix et constitue de surcroît un droit fondamental garanti sans réserve⁵⁵. Il s'ensuit que la justification d'une atteinte au droit fondamental normé par l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale n'est possible que dans la mesure où le § 173 StGB en question est le reflet d'une limite inhérente à la Constitution⁵⁶. Par conséquent, l'interdiction de l'inceste ne serait conforme à la Constitution que si elle sert des biens juridiques de rang constitutionnel⁵⁷.

Il est toutefois frappant de constater que la Cour constitutionnelle fédérale n'aborde pas du tout cette question : elle examine d'abord la légitimité de l'atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle, l'affirme finalement et renvoie ensuite à l'argumentation précédente pour une atteinte potentielle au droit fondamental protégé par l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale. Ce faisant, la Cour constitutionnelle fédérale méconnaît toutefois le fait que les limites d'une atteinte à l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale sont nettement plus strictes que celles d'une atteinte à l'autodétermination sexuelle. Il s'ensuit également que la Cour constitutionnelle fédérale n'aborde absolument pas dans sa décision la question de savoir si les biens juridiques avancés sont de rang constitutionnel, puisqu'il s'agit uniquement d'un critère pour les atteintes à l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale.

⁵⁵ Ali AL-ZAND, Jan SIEBENHÜNER, « § 173 StGB », *KritV*, 89, 2006, p. 70.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁷ *Ibid.*

Après l'échec de son recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 2008, Patrick Stübing s'est rendu à Strasbourg pour intenter un recours individuel et a fait valoir devant la Cour européenne des droits de l'Homme une violation du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). La requête a été rejetée en 2012 par la Cour européenne des droits de l'Homme au motif que l'interdiction de l'acte sexuel entre parents prévue par le StGB était compatible avec la CEDH⁵⁸.

La Cour a certes admis une ingérence à l'article 8 alinéa 1 de la CEDH, mais cette dernière serait justifiée. Le requérant a d'abord invoqué une contrariété à l'article 8 alinéa 1 de la CEDH, étant donné que la condamnation sur la base du § 173 StGB ne lui permettait pas de participer à l'éducation de ses enfants. Il convient toutefois de tenir compte du fait que cela ne peut pas encore entrer dans le champ d'application de l'article 8 alinéa 1 de la CEDH ; en effet, toute condamnation à une peine d'emprisonnement a, en principe, pour conséquence d'exclure le condamné de la vie familiale⁵⁹. Une ingérence à l'article 8 alinéa 1 de la CEDH réside cependant dans le fait que le requérant se voit interdit d'avoir une relation sexuelle avec sa sœur et donc avec la mère de ses enfants par la loi. En outre, le demandeur estime que l'immixtion dans sa vie privée et familiale que constitue l'interdiction de l'acte sexuel en vertu du § 173 StGB ne serait pas un besoin social impérieux⁶⁰. Or, cette dernière est la condition pour justifier une telle ingérence à la vie privée et familiale conformément à l'article 8 alinéa 2 de la CEDH⁶¹. Les arguments avancés par le requérant pour justifier l'inexistence d'un tel besoin social impérieux correspondent en réalité aux arguments déjà invoqués dans le cadre du recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Il convient toutefois de rappeler qu'un recours individuel - tel que celui introduit par le requérant devant la Cour européenne des droits de l'Homme -

⁵⁸ Cour européenne des droits de l'homme, 12 avril 2012, 43547/08.

⁵⁹ Michael KUBICIEL, « Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR », *ZIS*, 6/2012, p. 284.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Conseil d'Europe, Guide sur l'article 8 de la CEDH, 31 août 20, p. 12.

ne constitue pas une seconde révision à part entière⁶². En conséquence, il n'y a pas d'examen de la compatibilité entre l'argumentation de la juridiction nationale et le droit national. Il s'agit plutôt d'un contrôle très limité de la décision précédente⁶³. Dès lors, un recours individuel se limite à l'examen de la décision d'une juridiction nationale à la lumière des critères de la CEDH⁶⁴. La protection des droits fondamentaux garantie par la Cour européenne des droits de l'Homme ne fait que compléter les droits fondamentaux nationaux qui sont à prendre en compte en premier lieu⁶⁵. Il s'ensuit une prise en considération réciproque de la part des tribunaux nationaux et de la Cour européenne des droits de l'Homme en ce qui concerne leurs standards respectifs. La Cour européenne met en œuvre ce respect en accordant aux juridictions des États membres une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des droits de l'Homme garantis par la CEDH⁶⁶.

Dans le cas présent, le rejet du recours individuel et donc la compatibilité de la décision avec la CEDH est principalement motivée par une large marge d'appréciation qui résulte de la divergence des règles quant à l'inceste dans les États membres. Cette liberté d'interprétation permet donc une gestion flexible des critères à appliquer dans les domaines de la vie où les approches des différents États membres divergent⁶⁷. Les institutions des États membres seraient mieux placées que la Cour européenne des droits de l'Homme pour trouver une solution concrète. Cela serait notamment le cas en l'espèce, car l'inceste est un sujet très sensible, voire éthique. La sanction pénale de l'inceste au sens du § 173 StGB ne dépassait pas la marge d'appréciation dont bénéficie le législateur allemand. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a procédé à un examen complet du pour et du contre quant à la prononciation d'une sanction pénale

⁶² Michael KUBICIEL, *op. cit.*

⁶³ Eva BREMS, « The margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *ZaöRV*, 1996, p. 240-241.

⁶⁴ Michael KUBICIEL, *op. cit.*

⁶⁵ Udo DI FABIO, « Friedliche Koexistenz », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20.10.2010.

⁶⁶ Michael KUBICIEL, *op. cit.*

⁶⁷ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 29.

de l'inceste et a évoqué à cette occasion plusieurs justifications possibles. Le besoin social impérieux de la condamnation au sens de l'article 8 alinéa 2 de la CEDH, exigée pour justifier l'ingérence, résulterait en l'espèce également du fait que Susan avait déjà eu une relation avec son frère aîné alors qu'elle était mineure, mais qu'elle souffrait elle-même de troubles de la personnalité et qu'elle était fortement dépendante de l'accusé, Patrick Stübing. Ces argumentations des différentes Cours sont néanmoins contestables.

II. Une infraction mal fondée

Le droit pénal allemand se fonde sur des « biens juridiques » (« *Rechtsgut* ») qui doivent être respectés afin de garantir d'une part la protection des individus et de leurs droits et d'autre part une cohésion sociale. Si ce bien juridique est transgressé, alors une infraction est commise. Or en matière d'inceste, les Cours condamnent l'inceste consenti, même en l'absence de « *Rechtsgut* » (A). Le raisonnement de la Cour constitutionnelle allemande, suivie par la CEDH, est à cet égard contestable (B). Elles optent ainsi pour une interprétation divergente inédite, dont la France pourrait bel et bien s'inspirer.

A. L'absence de « *Rechtsgut* »

Les dispositions pénales en droit allemand ont notamment vocation à protéger un bien juridique (« *Rechtsgut* »)⁶⁸. Cependant, l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale exige la présence d'un bien juridique de rang constitutionnel pour que l'atteinte aux droits fondamentaux - qui constitue l'inceste - soit justifiée. En outre, la constitutionnalité n'est donnée que si la

⁶⁸ Claus ROXIN, *op. cit.*, p. 545-546.

norme est appropriée, nécessaire et adéquate pour la protection de ce bien juridique⁶⁹.

La question est de savoir quel bien juridique est protégé par l'interdiction de l'inceste du § 173 StGB. Dans sa décision, la Cour constitutionnelle fédérale fait d'abord valoir la protection du mariage et de la famille, tel qu'elle résulte de l'article 6 de la loi fondamentale. Il s'agit d'un bien juridique de rang constitutionnel qui serait donc théoriquement approprié pour justifier l'interdiction de l'inceste. L'argument est que les relations incestueuses ont un effet destructeur sur la famille, qui doit être contré en raison de la protection de la famille garantie par l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale. La Cour constitutionnelle fédérale se réfère en particulier à l'exposé des motifs du § 173 StGB, qui se fonde également sur la protection de la famille et du mariage garantie par la loi fondamentale⁷⁰. De même, le § 173 StGB est classé dans la section du Code pénal relative aux « crimes et délits contre l'état civil, le mariage et la famille ».

On peut toutefois objecter que l'inceste ne doit pas être considéré comme la cause de problèmes familiaux, mais comme leur conséquence⁷¹. Effectivement, la pénalisation existante de l'inceste conduit à une aggravation des problèmes déjà existants. Il suffit de penser que pour garantir la protection de la famille contre les effets de l'inceste, Patrick Stübing en tant que père de quatre enfants, devrait laisser sa sœur et ses enfants pendant sa peine de prison selon la Cour constitutionnelle fédérale. L'idée que les enfants nés de l'inceste apprennent plus tard que leur conception est à l'origine de la peine de prison de leur père n'est pas non plus favorable à la famille⁷².

Dans le même temps, on peut se demander pourquoi les membres de la famille adoptés ou de même sexe sont exclus de l'interdiction du § 173 StGB, puisque leurs relations auraient un effet tout aussi destructeur à la famille. De surcroît, on peut avancer un contre-argument qui résulte finalement de l'effet

⁶⁹ John Philipp THURN, « Eugenik und Moralschutz durch Strafrecht? », *KJ*, 2009, p. 82.

⁷⁰ Deutscher Bundestag, Quatrième loi de réforme du droit pénal, Drucksache VI/3521, p. 17.

⁷¹ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 40.

⁷² Claus ROXIN, *op. cit.*, p. 545.

Westermarck⁷³. Il faut alors prendre en considération que la plupart des relations incestueuses existent de toute façon en dehors de la vie familiale - notamment en raison de l'adoption d'un des membres de la famille impliqués dans l'inceste - alors qu'une vie familiale non-existante ne peut pas être détruite. Enfin, il reste à savoir si le droit pénal est vraiment approprié pour protéger les relations intrafamiliales⁷⁴. Sous tous ces aspects, la protection de la famille et du mariage garantie par la loi fondamentale ne peut guère être reconnue comme un bien juridique à protéger par le § 173 du StGB.

En outre, la Cour constitutionnelle fédérale considère l'autodétermination sexuelle comme un autre bien juridique protégé par l'interdiction de l'inceste. Celle-ci a également valeur constitutionnelle en tant que composante du droit général de la personnalité en vertu des articles 2 alinéa 1 et 1 alinéa 1 de la loi fondamentale. La Cour part du principe que les relations incestueuses sont régulièrement l'expression de rapports de dépendance - par exemple entre un père et sa fille ou un frère aîné et sa sœur cadette⁷⁵.

Les délits contre l'autodétermination sexuelle sont toutefois explicitement régis par les § 174 et suivants du StGB et garantissent en tant que tels une protection déjà suffisante de l'autodétermination sexuelle. De plus, le § 173 StGB, avec son interdiction de l'inceste, fonde une condamnation des deux personnes impliquées dans l'inceste ; il y a donc dans ce cas et contrairement aux infractions contre l'autodétermination sexuelle deux auteurs et aucune victime⁷⁶. Une interdiction de l'inceste comme celle du § 173 StGB, qui punit l'acte sexuel consenti entre parents, sanctionne précisément l'exercice de l'autodétermination sexuelle mais ne garantit pas la protection de cette dernière⁷⁷. Par conséquent, la protection de l'autodétermination sexuelle ne peut pas non plus être un bien juridique à protéger dans le cadre du § 173 StGB.

⁷³ Selon cette thèse de Westermarck, une attirance sexuelle entre frères et sœurs ayant grandi ensemble à l'âge adulte est exclue, cf. Tatjana HÖRNLE, « Consensual adult incest : A sex offense ? », *New Criminal Law Review*, 2014, 17/n°1, p. 78.

⁷⁴ Ali AL-ZAND, Jan SIEBENHÜNER, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁵ Alina AMIN, Adam HETKA, « Geschwisterinzest », *Hanover Law Review*, 4/2018, p. 331.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Ali AL-ZAND, Jan SIEBENHÜNER, *op. cit.*, p. 74.

Pour continuer, l'interdiction de l'inceste prévue par le StGB vise à protéger contre les dommages « eugéniques »⁷⁸, car les relations incestueuses représentent un danger considérable pour le patrimoine génétique. Ce bien juridique jouit également d'une valeur constitutionnelle en raison de l'article 2 alinéa 2 de la loi fondamentale, notamment la protection de l'intégrité physique de la vie future. En tout état de cause, il est prouvé et scientifiquement confirmé que les enfants issus de relations incestueuses présentent un risque accru d'apparition de maladies génétiques par rapport aux enfants issus de relations non incestueuses⁷⁹. Il est vrai que la probabilité d'une anomalie génétique augmente avec la proximité du lien de parenté.

La Cour constitutionnelle fédérale méconnaît toutefois le fait que le simple acte sexuel ne signifie pas nécessairement une grossesse consécutive à celui-ci⁸⁰. Il est également pratiquement inconcevable que des personnes souffrant de maladies mentales ou physiques se voient interdire l'acte sexuel afin de prévenir la conception d'enfants éventuellement malades. Il est en outre extrêmement problématique que la procréation de la vie future et l'acte qui pourrait lui porter préjudice coïncident dans le même acte – nommément l'acte sexuel⁸¹. De ce fait, l'interdiction de l'inceste pour protéger la santé de l'enfant à naître empêche ainsi la naissance de l'enfant. Il se pose alors la question de savoir si, d'un point de vue constitutionnel, il est préférable qu'un enfant ne naisse pas du tout plutôt que de naître avec une éventuelle anomalie génétique. En principe, la loi fondamentale rejette cette idée d'une vie « indigne d'être vécue » (*lebensunwertes Leben*) et défend ainsi l'équivalence des vies handicapées et non handicapées⁸². L'argumentation de la Cour

⁷⁸ Cour constitutionnelle fédérale allemande, *op. cit.*, point 49.

⁷⁹ Les anomalies génétiques sont transmises environ 1,7% à 2,8% plus souvent dans le cas de l'inceste et le risque de transmission d'une maladie génétique est également plus élevé. La probabilité d'apparition ultérieure de maladies est augmentée d'environ 7-31% chez les enfants nés d'une relation incestueuse, cf. Hans-Jörg ALBRECHT, « Inzest und Strafrecht – Ein rechtsvergleichendes und empirisches Gutachten », p. 18.

⁸⁰ Ali AL-ZAND, Jan SIEBENHÜNER, *op. cit.*, p. 75.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Hans JARASS, *Jarass/Pieroth - Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H.Beck, 16^{ème} édition, 2020, Article 2, point 84.

constitutionnelle fédérale dans l'affaire Patrick Stübing est donc - même si elle n'est pas évidente - en contradiction avec la loi fondamentale.

De plus, l'argument avancé, qui renvoie malgré tout à l'idée d'une constitution commune, rappelle inévitablement le régime nazi, qui a utilisé le § 173 StGB dans des dimensions inconnues. En revanche, la Cour constitutionnelle fédérale affirme que l'évocation complémentaire de cet aspect n'est pas exclue « du seul fait qu'il a été historiquement utilisé de manière abusive pour priver de leurs droits les personnes atteintes de maladies héréditaires et de handicaps »⁸³. Dans l'ensemble, la Cour témoigne ici aussi d'une argumentation lacunaire et dépassée, raison pour laquelle la protection contre les dommages génétiques ne peut en aucun cas être un bien juridique à protéger au titre du § 173 StGB.

De surcroît, la Cour constitutionnelle fédérale fait valoir le point de vue « d'une conviction sociale, fondée sur l'histoire de la culture et toujours efficace, selon laquelle l'inceste est punissable »⁸⁴. L'interdiction de l'inceste serait empreinte de tradition et par cela encore comprise de l'opinion publique comme l'expression de la protection de la famille. Le § 173 StGB aurait une raison d'être à cause de son effet stabilisateur et préventif. La Cour constitutionnelle fédérale explique en outre qu'elle ne répondra pas à la question de savoir si une simple conception morale suffit à justifier une telle interdiction. Cependant, cette conviction sociale marquée par l'histoire et la culture méritait le statut de motif supplémentaire et pertinent pour la criminalisation, qui vient s'ajouter aux autres biens juridiques à protéger.

La question qui se pose ici est donc de savoir dans quelle mesure cette conviction historique et culturelle du caractère punissable d'un comportement se distingue d'une simple conception morale⁸⁵. Dans la mesure où ce point de vue constitue un bien juridique digne de protection, il n'a toutefois pas de valeur constitutionnelle. Par conséquent, il ne pourrait en aucun cas justifier

⁸³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 26 février 2008, *op. cit.*, point 49.

⁸⁴ *Ibid.*, point 50.

⁸⁵ Luís GRECO, « Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? », *ZIS*, 5/2008, p. 235.

une atteinte au droit fondamental garanti sans réserve par l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale.

Il est évident que le droit pénal ne cherche pas non plus à protéger de simples conceptions morales ; en effet, cela se déduit depuis la suppression de l'adultère ou de l'homosexualité du StGB⁸⁶. Le droit pénal allemand, autrefois basé sur des idées morales, a été remplacé par un modèle de droit pénal basé sur le consensus⁸⁷. La comparaison internationale montre déjà que le nombre de cas ne semble pas augmenter, même dans les pays où l'inceste n'est pas interdit par le droit pénal, comme la France par exemple⁸⁸. Une norme ayant un effet stabilisateur ou préventif au sens de la Cour constitutionnelle fédérale n'est donc absolument pas nécessaire pour maintenir la conception morale en question. L'affaire Patrick Stübing a également fait l'objet de nombreux reportages dans les médias allemands qui, au lieu d'exprimer leur aversion, ont réagi en grande partie avec compassion au sort de la jeune famille⁸⁹. On peut donc se demander si ce tabou - auquel se réfère finalement la Cour constitutionnelle fédérale avec cet argument - existe encore en réalité. En tout état de cause, cette conviction sociale fondée sur l'histoire de la culture ne constitue pas non plus un bien juridique à protéger au titre du § 173 du StGB.

La Cour constitutionnelle fédérale tente de la même manière de justifier l'atteinte aux droits fondamentaux par des arguments complémentaires. Cette argumentation est tout à fait atypique pour la Cour constitutionnelle fédérale et laisse supposer qu'il existe également de sa part des doutes quant à une éventuelle justification par les biens juridiques mentionnés⁹⁰. À cet égard, la Cour constitutionnelle fédérale indique clairement, par exemple, que les biens juridiques invoqués ne pourraient pas légitimer individuellement la restriction des droits fondamentaux, mais que leur ensemble peut justifier une telle

⁸⁶Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.* p. 13 ; Tatjana HÖRNLE, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁹ Tatjana HÖRNLE, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁰ Claus ROXIN, *op. cit.*, p. 548.

atteinte. Toutefois, la somme de trois biens juridiques inaptes ne permet pas non plus une justification⁹¹.

En outre, le § 173 du StGB serait applicable de manière générale, c'est-à-dire qu'il s'appliquerait même si le bien juridique protégé ne correspondait finalement pas aux faits. Cet argument ne peut pas non plus être suivi, car - comme déjà évoqué - le § 173 StGB ne sait même pas protéger sérieusement des biens juridiques. Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale renvoie au fait que l'interdiction pénale de l'inceste n'a qu'un champ d'application très limité et ne conduit que dans des cas exceptionnels à une condamnation. Cet argument ne change rien non plus au fait que la disposition est inconstitutionnelle vis-à-vis des personnes concernées, qui sont certes peu nombreuses⁹².

À la suite de ces raisonnements critiques, la sanction pénale serait-elle finalement un bon outil proportionné dans l'hypothèse où il existe un intérêt juridique à protéger ?

B. Une interprétation des droits fondamentaux contestable

Dans l'ensemble, on peut estimer qu'il n'existe donc pas de bien juridique digne de protection qui pourrait justifier l'atteinte aux droits fondamentaux. Néanmoins, dans l'hypothèse où on suppose, conformément au raisonnement et, de surcroît, à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qu'il existe un ou même plusieurs intérêts juridiques à protéger, la question réside dans le fait de savoir si le § 173 StGB constitue un moyen approprié, nécessaire et proportionné pour ladite protection d'un « *Rechtsgut* ».

Avec sa décision, la Cour constitutionnelle fédérale permet aux majorités législatives d'adopter des lois et d'obliger, sous peine de sanctions, les citoyens à se conformer aux valeurs morales souhaitées⁹³. La disposition ne

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*, p. 549.

⁹³ John Philipp THURN, *op. cit.*, p. 83.

protège donc même pas les valeurs morales existantes, mais seulement celles que la Cour constitutionnelle fédérale suppose.

Cette approche est contestable et on peut être davantage convaincu par l'avis du juge constitutionnel Hassemer selon lequel le droit pénal n'est pas adapté à la protection des conceptions morales⁹⁴. Hörnle ajoute que l'invocation des valeurs morales à protéger peut encore moins constituer une justification si l'on considère les lourdes conséquences pénales d'une infraction en l'espèce⁹⁵. Les effets nocifs auxquels la Cour constitutionnelle fédérale fait référence dans sa décision ne concernent pas non plus explicitement l'inceste consenti entre frères et sœurs. La Cour constitutionnelle fédérale cite plutôt des arguments qui concernent l'inceste entre frères et sœurs en tant que tel, qui constitue souvent une forme d'abus⁹⁶.

Dans l'affaire Patrick Stübing, la Cour constitutionnelle fédérale va même jusqu'à se référer à des passages de l'expertise de l'Institut Max-Planck de Fribourg, spécialement commandée à cet effet, qui ne concernent pas explicitement l'inceste consenti entre frères et sœurs⁹⁷. Le tribunal tente donc de construire une constitutionnalité du § 173 StGB et, pour cela, semble prêt non seulement à renoncer à un intérêt juridique protégé, mais aussi à réinterpréter des thèses scientifiques de manière à favoriser la structure de son argumentation.

Tout comme la décision précédente de la Cour constitutionnelle fédérale, la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas convaincante. L'argument de la grande marge d'appréciation des États contractants semble avoir été invoqué pour éviter une question gênante⁹⁸. Ici aussi, les références à l'exigence de moralité dans une telle affaire pénale sont très problématiques⁹⁹. On peut notamment se demander si la Cour européenne des droits de l'Homme ne devrait justement pas trouver une solution pour un sujet

⁹⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 26 février 2008, *op. cit.*, point 103.

⁹⁵ Tatjana HÖRNLE, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 88.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, p. 83.

⁹⁹ *Ibid.*

aussi sensible et moral que l'inceste, au lieu de laisser la responsabilité aux États contractants par le biais de la marge d'appréciation¹⁰⁰. La divergence entre les réglementations des États subsistera à l'avenir si la Cour européenne des droits de l'Homme ne parvient pas à donner une réponse claire dans de tels cas.

Dans cette mesure, on peut toutefois se demander si le droit pénal allemand a besoin d'une interdiction de l'inceste, telle que le § 173 StGB, en plus des dispositions des § 174 et suivants du StGB. En effet, comme le montre l'absence de bien juridique dans le § 173 StGB, l'injustice réelle ne réside pas dans les relations sexuelles consenties en tant que telles, mais dans les litiges impliquant des mineurs¹⁰¹. Ces derniers cas sont toutefois suffisamment sanctionnés par les faits constitutifs de la section relative aux infractions contre l'autodétermination sexuelle et donc entre autres par le § 174 StGB. Le § 173 StGB est un vestige du passé qui tente de garantir le respect des valeurs morales par le biais du droit pénal¹⁰². Or, le droit pénal allemand ne suit plus cette approche ; en effet, ce modèle de droit pénal basé sur la morale a été remplacé par un modèle de droit pénal basé sur le consentement¹⁰³.

La seule conclusion logique est la suppression du § 173 du StGB, comme cela a été fait il y a une cinquantaine d'années pour l'homosexualité ou l'adultère. Cela se manifeste déjà par le fait que cette interdiction de l'inceste ne donne rarement lieu à des condamnations et qu'elle n'a donc plus qu'un caractère symbolique. En effet, celui qui enfreint le § 173 StGB peut éventuellement agir de manière immorale, mais cela ne constitue pas un comportement socialement nuisible¹⁰⁴. Ainsi, la suppression du § 173 du StGB ne légaliserait finalement que peu d'actes, en raison des vastes dispositions de protection de l'autodétermination sexuelle par les articles § 174 et suivants StGB. Dès lors, seul l'inceste consenti entre frère et sœur, dont l'un est majeur

¹⁰⁰ Michael KUBICIEL, *op. cit.*, p. 286.

¹⁰¹ Tatjana HÖRNLE, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰² Klaus ELLBOGEN, « Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten », *ZRP*, 2006, p. 192.

¹⁰³ Tatjana HÖRNLE, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁴ Klaus ELLBOGEN, Steven BONNIN, « Die Strafandrohung des § 173 StGB – Eine Norm ohne Rechtsgut », *JR*, 2019, p. 16.

et l'autre âgé d'au moins quatorze ans, ne serait plus punissable¹⁰⁵. Parallèlement, l'inceste consenti d'une personne majeure avec un descendant majeur ou un ascendant majeur ne serait également plus punissable¹⁰⁶.

Ainsi, la mise en balance entre l'ingérence dans la vie privée et familiale et la protection de la famille avec l'infraction pénale constituée par l'inceste consenti ne s'avérerait pas proportionnée. En effet, même en présumant un intérêt juridique à protéger, le droit pénal allemand ne semble pas être l'outil approprié pour sanctionner les faits d'inceste consentis eu égard à une ingérence disproportionnée dans les droits des individus. La solution hypothétique serait un alignement avec le droit français. Le droit civil, qui ne légitime pas cette forme d'unions, ne suffirait-il pas à restreindre et sanctionner les cas d'inceste consenti ?

À l'heure actuelle, une abrogation du § 173 du StGB semble pour le moins à portée de main, puisqu'elle est notamment réclamée par certains membres du parti libéral-démocrate (FDP) ; parti formant parmi d'autres le gouvernement actuel¹⁰⁷. Encore reste-t-il à savoir si l'abolition du paragraphe 173 du StGB aura lieu et si l'Allemagne suivra alors une approche constitutionnelle. On peut toutefois déjà affirmer qu'une telle abolition par le législateur allemand est nettement plus envisageable dans la nouvelle coalition libérale-sociale-démocrate que sous une participation au gouvernement de l'Union chrétienne-démocrate (CDU).

De plus, la doctrine et les juristes allemands ont développé de nombreuses critiques relativement au § 173 StGB. Face ces multiples débats, la conformité à la Constitution allemande dudit paragraphe est considérablement remise en cause et ce dernier est considéré de surcroît comme anticonstitutionnel. Pour contrer cette insuffisance du droit pénal allemand,

¹⁰⁵ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Anna REIMANN, « Inzest-Streit entzweit deutsche Politik », *Spiegel Politik*, 23.02.2007.

on peut estimer que les § 174 et suivants du StGB permettent une protection suffisante de l'autodétermination sexuelle.

En outre, au niveau international, il y a une tendance généralisée à la dépenalisation de l'inceste¹⁰⁸; ce qui est susceptible d'entraîner une modification du droit pénal allemand. Globalement, on peut en déduire qu'il existe des débats quant à l'abolition des interdictions de l'inceste en tant que « pratique d'actes sexuels consentis entre membres adultes d'une même famille »¹⁰⁹ dans les systèmes juridiques les connaissant ; cependant des discussions sur une éventuelle introduction d'une telle interdiction ne s'avèrent pas être à l'ordre du jour dans les régimes juridiques qui n'en disposent pas. Dès lors, malgré son tabou et ses progrès juridiques, la question de l'inceste reste tout de même limitée dans laquelle les législateurs européens adoptent des dispositions propres cherchant à protéger chacun des valeurs fondamentales différentes.

¹⁰⁸ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 27 ; Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁹ Hans-Jörg ALBRECHT, Ulrich SIEBER, *op. cit.*, p. 27 ; Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 25-26.