



HAL
open science

L'inceste dans la doctrine italienne de la renaissance. Définition et répression d'un crime de " Jus commune "

Tanguy Le March'Adour

► To cite this version:

Tanguy Le March'Adour. L'inceste dans la doctrine italienne de la renaissance. Définition et répression d'un crime de " Jus commune ". Revue Lexsociété, 2023, 10.61953/lex.3353 . hal-03971064

HAL Id: hal-03971064

<https://hal.science/hal-03971064>

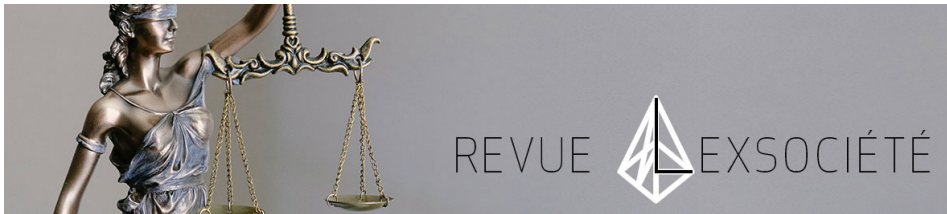
Submitted on 27 Mar 2023

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 dans la doctrine italienne de la renaissance. Définition et répression d'un crime de « *Jus commune* »

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

TANGUY LE MARC'HADOUR

*Maître de conférences en Histoire du droit
Centre d'Histoire judiciaire-CNRS ULille
Université d'Artois*

Résumé : L'inceste est au début de l'époque moderne un crime de « *Jus commune* », construit par la doctrine à partir du droit romain et du droit canonique. L'étude se propose d'étudier la doctrine pénale italienne, dominante dans l'Europe de la Renaissance, en se limitant à deux points essentiels : la définition pénale du crime et la recherche de la peine ordinaire qui fonde l'existence de la répression dans l'ordre civil. En absorbant le droit canonique et en se dégageant du droit romain pour s'appuyer sur la pratique judiciaire, les auteurs vont parvenir à hiérarchiser les différents types d'inceste. Parmi eux un type d'inceste se détache par son extrême gravité, l'abus paternel, seul incontestablement puni de mort.

Mots-clés : Inceste ; Crime sexuel ; Abus sexuel ; *Jus commune* ; Ancien droit pénal ; Doctrine pénale ; Renaissance ; Interdits de parenté.

Derrière une apparente unité sémantique -la violation de l'interdit sexuel de parenté- l'inceste est un terme polysémique dont le contenu est variable selon les cultures mais aussi la manière de l'appréhender. Un inceste-prohibition, anthropologique, définit les prohibitions matrimoniales qui, en déclarant avec qui on ne peut pas se marier, désignent aussi ceux et celles avec qui on peut ou doit se marier. La prohibition définit par là même la parenté¹. L'infraction juridiquement établie constate alors la violation objective d'une prohibition matrimoniale. Il est un autre type d'inceste plus proprement criminel. Il est analysé comme un acte de domination d'un membre de la famille sur un autre, en raison d'un abus d'autorité. Il désigne un coupable et une victime. C'est une forme d'abus sexuel dont le caractère contraignant est généralement présumé en raison de l'âge de la victime et du lien d'autorité. Telle est sans doute la conception française contemporaine qui remonte aux réformes du code pénal de 1832 et 1863² après la disparition du crime sous la

¹ Sur l'inceste en général et sur une synthèse des conceptions anthropologiques, M. GODELIER, *L'interdit de l'inceste à travers les sociétés*, Paris, CNRS, 2021 ; H. PARAT, *L'inceste*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, D. DUSSY, « Les théories de l'inceste en anthropologie. Concurrence des représentations et impensés », *Sociétés & Représentations*, vol. 42, no. 2, 2016, p. 73-85. Sur une analyse de l'interdit dans le droit et la société romaine antique, Y. THOMAS, « Mariages endogamiques à Rome. Patrimoine, pouvoir et parenté depuis l'époque archaïque », *Revue historique de droit français et étranger*, 58, 1980, p. 345-382 et P. MOREAU, *Incestus et prohibita nuptiae, L'inceste à Rome*, Paris, Les Belles lettres, 2002, p. 50, 51. Sur le Moyen Âge, J.-P. POLY, *Le chemin des amours barbares, Genèse médiévale de la sexualité européenne*, Perrin, 2003 ; J. GAUDEMET, *Le mariage en occident, les mœurs et le droit*, Paris, cerf, 1987 ; J. A. BRUNDAGE, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, The University of Chicago Press, 1987. Sur la signification anthropologique des interdits dans le Code civil, G. COURTOIS, « Portalis et la prohibition de l'inceste », *Droit et cultures*, 48, 2004-2, mis en ligne le 03 mars 2010, consulté le 20 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1690>.

² Aggravation du viol et de l'attentat à la pudeur commis par un ascendant, art. 333 du code pénal. Le non consentement est présumé, dans ce dernier cas, jusqu'à la majorité, article 331 du code pénal. Sur les évolutions contemporaines du crime. Voir M. ROMERO, « Qualifier pénalement l'inceste : les incertitudes du droit pénal français contemporain », *Cahiers d'anthropologie sociale*, Paris, l'Herne, 2017, p. 127-143 ; *AJDA*, juin 2020, n° 6, dossier les violences sexuelles familiales, p. 260-320.

Révolution³. Cette vision rompt avec celle de l'ancien droit qui conservait une conception large et anthropologique de prohibition matrimoniale et sexuelle généralement présentée comme d'origine religieuse⁴, ce qui expliquerait sa disparition temporaire après la Révolution. Pourtant la laïcisation du crime n'a pas fait disparaître toute criminalisation de l'inceste-prohibition qui cohabite avec la répression de l'inceste-domination dans la législation pénale de certains pays d'Europe, ce que constatait la cour européenne des droits de l'Homme dans une décision du 12 avril 2012 (Stürbing contre Allemagne)⁵. En réalité, ce processus de laïcisation du crime, comme de l'ensemble du droit pénal, remonte aux origines de la modernité juridique à la fin du moyen âge et plus nettement encore à la Renaissance lorsque les pouvoirs laïcs s'emparent de la matière. Il conviendrait dès lors de s'y intéresser pour tenter de saisir très partiellement les continuités et les ruptures opérées dans les conceptions et dans la répression du crime.

Malgré l'existence de textes législatifs très incomplets dans l'Empire (ordonnance de Charles Quint de 1532), dans les Pays-Bas espagnols (ordonnance de Philippe II de 1570) ou en Italie (statuts municipaux), le crime d'inceste est au début de l'époque moderne un crime de « *Jus commune* », c'est-à-dire une construction doctrinale élaborée à partir du droit romain et à vocation sinon universelle au moins européenne. Les législations de Charles

³ J. POUMAREDE, « L'inceste et le droit bourgeois », *Droit Histoire et sexualité*, dir. J. POUMAREDE et J.-P. ROYER, L'espace juridique, 1987, p. 213-228 ; A.-C. AMBROISE-RENDU, « L'inceste doit-il être interdit par le droit ? Deux siècles d'incertitude (1810-2010) », *Esprit*, n° 5, 2012, p. 17-32 ; H. DUFFULER-VIALLE, « La famille du XX^e siècle, un sanctuaire protégé par le droit au détriment des victimes de violences sexuelles », *AJDA*, juin 2020, n° 6, dossier les violences sexuelles familiales, p. 273-276. T. LE MARC'HADOUR, « L'inceste en droit pénal classique », *La loi pénale et le sexe*, dir. A. DARSONVILLE et J. LEONHARD, PUN, 2015.

⁴ R. BUEB, « L'inceste dans la doctrine pénale de l'ancien régime », *Genre, famille, vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe*, dir. A. BROBBEL DORSMAN, L. KONDRATUK, B. LAPEROU-SCHENEIDER, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 177-191. F. GIULIANI, *Les liaisons interdites : Histoire de l'inceste au XIX^e siècle*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2014, n°6. Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/psorbonne/57949>>.

⁵ Cour européenne des droits de l'homme communiqué de presse du greffier de la cour (CEDH 158 (2012) 12.04.2012 ; STUBING v. GERMANY (coe.int).

Quint⁶ et de son fils Philippe II⁷ ne font d'ailleurs guère que renvoyer au droit commun sur ce sujet.

Cette doctrine romaniste pénale constitutive du droit commun connaît au XV^e siècle et surtout au XVI^e siècle en Italie un développement considérable⁸. Elle servira de guide à toute l'Europe moderne pour déterminer en quoi consiste l'inceste et quelle est la peine qui lui est applicable et restera une référence pour l'interprétation du droit ultérieur. La présente étude s'est concentrée, sans exclusive, sur quelques auteurs importants : le romain Paul Grillandus⁹, les milanais Aegidius Bossius¹⁰, Julius Clarus¹¹ et son continuateur Baiardus ainsi que Jacobus Menochius¹², le toscan Petrus Caballus¹³ et le romain Prosperus Farinacius¹⁴. Leurs ouvrages ne sont pas uniquement consacrés à l'inceste, mais

⁶ F. A. VOGEL, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline : contenant les loix qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire ; et à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*. Maestricht 1779. Article 117. De la punition du crime d'inceste. : Lorsque quelqu'un aura eu commerce criminel avec sa belle-fille, avec sa bru, ou avec sa belle-mère, dans ces fortes d'incestes, et autres d'un degré plus proche, on prononcera la peine ordonnée par nos Loix Impériales, et celles de Nos Prédécesseurs, sur quoi on aura recours à l'avis des Jurisconsultes.

⁷ *Ordonnance edict et decret du roy nostre sire sur le fait de la justice es Pays Bas*, Anvers 1570. Article 60 : Et pour ce qu'il y a certains crimes, qui par commune obervance, ou plutost abuz, procédé d'ignorance ou corruption de meurs ne sont chatiez (du moins selon la gravité d'iceulx) si comme sortileges devins, enchanteurs, charmeurs, adulteres, stupres, incestes.... Ordonnons et commandons que tous lesditz crimes et delictz soient punis selon la forme dudits droict escript et placars, s'aulcuns en a.

⁸ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe from the Early Middle-Age to the Twentieth Century*, Cambridge University press, p. 277-280.

⁹ Paulus GRILLANDUS (Paolo Grillandi, né en 1490), *Tractatus de hereticis et sortilegiis omnifariam coitu eorumque penis...*, 1545.

¹⁰ Aegidius BOSSIUS (Milan, 1488-1546), *Tractatus varii*, Venise, 1574, *Tit. De coitu damnato*.

¹¹ Julius CLARUS (Giulio Claro, 1525-1575), *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*, Lyon, 1661, lib. V, § *incestus*, p. 388 à 390.

¹² Jacobus MENOCHIUS (Giacomo Menochio, 1532-1607), *De arbitrariis iudicium*, Genevae, 1590, *lib. II, cent. VI, Casus* 502, p. 883-891.

¹³ Petrus CABALLUS, *Resolutionum criminalium*, Francfort, 1613, *centuria II, casus* 200. Il s'agit de Pietro Cavallo, mort en 1616. Il fut d'après J.-S.-G. Nypels, *Bibliothèque choisie de droit criminel*, 1864, n° 247, auditeur général et conseiller du duc de Toscane.

¹⁴ Prosperus FARINACIUS (Prospero Farinacii 1554-1618), *Praxis et theoricæ criminalis, pars quarta, de delictis carnis*, éd Lyon, 1631, *quaestio* 149.

le sujet est abordé dans de copieux chapitres, de véritables petits traités. Ce n'est pas que les auteurs précédents ignoraient le crime. Au XIII^e et au XIV^e siècle, la glose du corpus de Justinien, des auteurs comme Bartole (1313-1356) ou Albéric de Rosate (1290-1360) en parlent mais de manière éparse, selon le texte romain commenté. Plus récemment au XV^e siècle, Angelus Aretinus¹⁵ évoque le crime, mais à propos de l'adultère comme l'y invite le texte romain du digeste. Les textes romains sont en effet épars, les commentaires le sont aussi, sans théorie générale. Au XVI^e siècle, la matière est mieux structurée et les auteurs opèrent un bilan de la question. Ils invoquent l'autorité de la doctrine précédente, citent abondamment leurs contemporains et leur horizon n'est pas limité à la doctrine italienne. La doctrine espagnole, surtout les canonistes, est fréquemment citée comme la doctrine française. La pratique n'est pas oubliée : sont étudiés les recueils de jurisprudence ou de *consilia* italiens ou français.

Pour cette doctrine, il s'agit de créer une théorie générale de l'infraction, de définir un crime et de déterminer une peine, de décrire enfin une théorie de la responsabilité. Il s'agit de créer un crime dans l'ordre civil, distinct de l'interdit religieux, réglé par le droit canonique¹⁶. Mais le crime laïc n'est pas non plus réduit à un espace de souveraineté, il serait valable pour l'ordre civil de l'ensemble des Etats de la Renaissance, sans toutefois ignorer l'existence de spécificités propres à chacun d'eux.

Les propos des auteurs sont abondants et il est facile de s'y perdre. Comme le note A. Thesaurus, « les docteurs parlent de ce sujet de manière assez confuse »¹⁷. La présente étude ne prétend pas alors balayer l'ensemble de la question¹⁸ et se limite à deux points essentiels : la définition pénale du crime,

¹⁵ Angelus ARETINUS (Angelo Gambiglioni dit « Aretinus » (1400-1461), *Tractatus de maleficiis*, Cologne, 1599, *Che hai adulterato la mia dona*, p. 271 et s.

¹⁶ Pour une explication précise des règles canoniques, on ne peut que renvoyer au très classique ouvrage d'A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, édition revue par R. GENESTAL, tome 1, Paris, 1929, p. 371 et s.

¹⁷ « *Doctores vero in casibus incestus satis confuse loquuntur* ». Antoninus THESAURUS, *Novae decisiones sacri senatus pedemontani*, Turin, 1609, *decisio* 100, n° 3, fol. 93v.

¹⁸ Cet article reprend partiellement, complète et approfondit, en s'attachant à la seule doctrine italienne de la Renaissance, une étude intitulée : « L'intention dans le crime d'inceste. Doctrine italienne et doctrine française (XVI^e siècle-XVII^e siècle) », *La volonté : Italie-France*,

distincte de l'interdit matrimonial canonique et la recherche de la peine ordinaire qui fonde l'existence de la répression. C'est en effet cette dernière qui permet d'affirmer une autonomie du droit laïc à l'égard du droit canonique. Les auteurs vont alors opérer une double émancipation : ils s'appuient sur le droit romain pour s'émanciper du droit canonique et se détachent ensuite du droit romain pour hiérarchiser les peines ordinaires et par là-même le crime lui-même qui apparaît dans toute sa diversité.

I. La construction du crime de « *Jus commune* »

Dans l'optique de créer un crime dans l'ordre civil, les auteurs s'appuient évidemment sur le *corpus* de Justinien. Mais dans cette société chrétienne, ils ne peuvent balayer totalement le droit canonique. C'est donc sur la combinaison de ces deux droits pourtant contradictoires, que fut défini, classé et finalement circonscrit le crime d'inceste.

A. La définition de l'inceste : abus sexuel et crime contre les prohibitions matrimoniales

Les auteurs ont bien conscience du caractère polysémique du terme « inceste » qui recouvre une multiplicité de situation. La définition la plus générale consiste à le désigner comme l'acte de celui qui s'unit charnellement à une personne avec laquelle elle ne peut se marier, « *matrimonium contrahere non poterat* »¹⁹, sans référence directe à un interdit de parenté. La définition est alors très large : constitue un inceste le coït commis avec des moniales²⁰ ou celui commis par un prêtre sur sa paroissienne qu'il aurait baptisé ou qu'il reçoit en

allers/retours, dir. Marie BASSANO, Luisa BRUNORI, Cristina CIANCIO et Florent GARNIER, Presses universitaires de Toulouse, 2023, tome 30, p. 485-512.

¹⁹ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 2.

²⁰ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 1 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 26.

confession. La relation qu'un tuteur ou un curateur entretiendrait avec sa pupille peut aussi être considérée comme un inceste *lato sensu*²¹. La notion s'étendrait même aux rapports sexuels commis avec les nourrices!²² Cette définition matrimoniale et non pas familiale n'est pas ignorée par la doctrine : le français Petrus Gregorius, cité par Farinacius²³ déclare que l'inceste est une conjonction charnelle entre des personnes dont le mariage ne peut être admis en « aucune manière »²⁴. Le droit pénal viendrait ainsi protéger les empêchements fixés par les droits romain et canonique²⁵ et l'inceste s'étendrait au-delà des liens de parenté. Mais ces cas sont trop éloignés de l'inceste familial pour figurer au centre des développements. Les auteurs²⁶ préfèrent retrouver les définitions pour désigner un crime familial et sexuel plus que matrimonial : l'inceste est l'acte de celui ou de celle qui s'unit à son consanguin ou à son affiné en ligne ascendante ou transversale, ce qui est conforme à la définition canonique contenue dans le décret de Gratien²⁷.

B. La classification des incestes

Reflet de cette double dimension de l'inceste, abus sexuel et crime contre les prohibitions matrimoniales, la distinction fondamentale, consiste à diviser le crime en inceste commis par fornication d'une part et le mariage

²¹ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 58 et sq.

²² BAIARDUS sur J. CLARUS, *op. cit.*, addition au livre V, § *incestus*, p. 78, n° 5 ; BOERIUS, *Decisiones supremi senatus Burdegalensis*, Francfort, 1599, *decisio* 318, n° 4.

²³ *Loc. cit.*, n° 5.

²⁴ « *Incestum, illam coniunctionem vocamus veneream quae nuptias nullo modo admittere potest.* » Petrus GREGORIUS (Pierre Grégoire, (1540- 1597), *Syntagma juris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum, in tres partes digestum*, Aurelia allobrogum (Genève), 1611, lb. 36, cap. 7, n. 1.

²⁵ « *Utroque iure prohibente* », précise BAIARDUS, *loc. cit.*, n° 1.

²⁶ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 2 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 4 et 5 qui s'appuie sur les canonistes espagnols, Diaz et Lopez.

²⁷ Décret, 36, q 1 : *Incestus est consanguinearum uel affinium abusus.* « L'inceste est un abus de ses consanguins ou de ses affins ».

incestueux d'autre part²⁸. Déjà soulignée par Bartole au XIV^e siècle²⁹, elle n'est en rien une nouveauté au XVI^e siècle et constitue selon Farinacius, une opinion commune³⁰. Ce dernier consacre d'ailleurs des rubriques différentes à ces deux sortes d'incestes au régime pénal différent. Entre les deux, le plus grave est sans conteste celui qui est commis par fornication, sans mariage, car l'acte est en lui-même illicite.

Les auteurs s'adonnent ensuite à une énumération précise et détaillée des cas d'inceste, « dans l'ordre » écrit Menochius, un ordre qui mêle proximité et nature du lien de parenté. La division première repose sur la distinction entre le simple inceste et le crime *nefarius* qui peut qualifier la conjonction charnelle ou le mariage. Bossius donne les deux termes *incestus* et *nefarius*, comme identiques, avant de préciser que le *nefarius*, désigne le crime commis entre ascendants et descendants³¹, mais il l'étend encore à celui commis sur des moniales³². La définition restrictive reprise de la glose sur le code de Justinien³³, est la plus répandue³⁴ : sont compris sans conteste les ascendants et descendants par le sang, dont les noces sont qualifiées dans les Institutes « *de nefarias atque incestas nuptias* ». Son extension aux ascendants et descendants par mariage (*socerus*), parâtre (*vitricus*), belle-mère (*socera*), marâtre (*noverca*), gendre (*gener*), bru (*nurus*), enfants de premier lit de parents remariés (*privignus*,

²⁸ A. BOSSIUS, *loc. cit.*, n° 4, J. CLARUS, *loc. cit.*, *passim* ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 31, P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 1.

²⁹ BARTOLE, *Commentaria*, t. 6, in *secundam digesti novi partem*, tit. *Ad leg juliam de adult. et stupro*, l. 38, p. 162, n° 8.

³⁰ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 6 : « *Quod incestus committitur duplici modo, videlicet cum matrimonio, et sine (...) haec est communis doctorum distinctio.* »

³¹ A. BOSSIUS, *loc. cit.* n° 5 et 75.

³² A. BOSSIUS, *loc. cit.*, n° 2, 5, 8. Voir aussi le canoniste espagnol D. COVARRUBIAS, *Opera omnia*, éd. Lyon, 1661, Epitome 4, partie II *de matrimonio*, cap 6, § 8, n° 1 *in fine*.

³³ C, 5, 5, glose sur le titre *de incestiis et inutilibus nuptiis*, *Corpus Iuris Civilis*, Glose ordinaire, éd. Hugues de la Porte, Lyon, 1558-1560, col. 811. <https://amshistorica.unibo.it/176>. : *Large omnes dicuntur inutiles, sed nefaria propria inter ascedentes et descendentis*. Voir aussi Institutes, 1, 10, 1.

³⁴ P. GRILLANDUS, *loc. cit.*, liv. 3, par. 1, fol 73, n° 1 ; A. ARETINUS, *loc. cit.* *Che hai adulterato la mia dona*, n° 66 ; BAIARDUS, *loc. cit.*, n° 3 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 4 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 5 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 60, 65, 103.

privigna), est plus douteuse³⁵. Le terme est lui-même un peu obscur. Utilisé dans les décrétales qui se réfèrent expressément au droit civil³⁶, il est emprunté aux textes du *corpus* de Justinien et souvent employé dans le code de manière cumulative avec le mot *incestus*³⁷. Il est parfois traduit en français par « criminel »³⁸ ou « impie », adjectif plus proche de son étymologie et sans doute de son sens profond³⁹. Dans le digeste le crime est dit « *contra fas* »⁴⁰. Il renvoyait en droit romain à une atteinte à l'ordre du monde⁴¹, à un crime contre l'ordre naturel et divin. Le terme très proche de *nefandus*, parfois présent dans les textes romains, associé à l'inceste⁴² est moins utilisé par les auteurs de la Renaissance. Il semble traduire la même idée de violation du *fas*⁴³ mais peut

³⁵ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 8.

³⁶ Sexte, V, 2, 19. Il figure aussi au décret mais sans référence directe à l'interdit de parenté.

³⁷ Par exemple C, 5, 4, 23, 7 ; C, 5, 27, 7 ; C, 5, 27, 7, 1.

³⁸ Voir *Les douze livres de l'empereur justinien traduits en français*, Metz 1807, tome 2, authentique *Ex complexu nefario* (nov. 89), sous C, 5, 5 6, p. 210. Le terme *nefario* est traduit par « criminel » par J. TISSOT. Voir aussi *Les nouvelles de l'empereur Justinien traduites en français* par BERENGER DE LA DROME, Metz, 1811, p. 110, nouvelle 12 ; le chapitre de *incestis et nefaris nuptiis* est traduit par des « noces criminelles et incestueuses ». Dans le même texte, le terme « *nefandas* » est traduit aussi par « criminel ».

³⁹ Philippe COCATRE-ZILGIEN, Jean-Pierre CORIAT, *Institutes de Justinien, traduction en français avec le texte latin en regard*, Dalloz, 2021. I, 10, 1.

⁴⁰ D, 48, 18, 5.

⁴¹ P. MOREAU, *op. cit.*, p. 50 et 51.

⁴² Authentique *incestas nuptias* (nov. 12, cap. 1), *post* C, 5, 5, 6 : *De incestis et nefariis nuptiis : ... Si quis illicitas, et contrarias naturae (quas lex incestas, et nefandas et damnatas vocat) contraxerit nuptias.*

⁴³ Voir l'extension de son sens au moyen âge exprimée par J. CHIFFOLEAU, « Dire l'indicible. Remarques sur la catégorie du *nefandum* du XII^e au XV^e siècle », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 45^e année, n° 2, 1990. p. 289-324. www.persee.fr/doc/ahess_0395-2649_1990_num_45_2_278838. Tout en rappelant bien la signification romaine des termes *nefandus* ou *nefarius* (contre le *fas*), il le traduit aussi par « l'indicible », ce qui n'est sans doute pas, malgré son étymologie (*ne -fari*), le sens le plus clair de ce terme. Cette traduction est reprise par D. LETT, « L'inceste père-fille à la fin du Moyen Âge : un crime, un péché de luxure ou un acte consenti ? », *Sociétés & Représentations*, 2016/2, n° 42, p. 15-30. DOI : 10.3917/sr.042.0015. URL : <https://www.cairn.info/revue-societes-et-representations-2016-2-page-15.htm>.

désigner des incestes moins graves commis entre frères et sœurs ou oncles et nièces⁴⁴.

Si le terme de *nefarius* semble réservé aux abus commis entre ascendants et descendants, le caractère contre nature de l'inceste paraît englober des situations plus larges. L'inceste est qualifié de « contre nature » dans les textes romains, à la nouvelle 12⁴⁵, et les auteurs insistent sur ce caractère « *contra naturam* » du crime en général⁴⁶, ce qui peut conduire à le rapprocher d'autres crimes contre nature, comme la sodomie ou la bestialité, sans toutefois les confondre⁴⁷. Bermondus Choveronius⁴⁸, largement cité par la doctrine italienne⁴⁹, constate toutefois que certains peuples s'y adonnent, égalant en cela les animaux. Cette dénonciation, loin de venir atténuer le caractère universel de la prohibition vient au contraire rabaisser ceux qui la transgressent au rang d'un être privé de raison. Cette opinion observée dans la culture romaine fait de l'interdit une ligne de partage entre l'homme et l'animal⁵⁰. Elle est sans doute celle de la nouvelle 12, du moins si l'on croit la traduction classique de Béranger⁵¹.

⁴⁴ C, 5, 5, 9 ; C, 5, 8, 2.

⁴⁵ Authentique *incestas nuptias* (nov. 12, cap. 1), *post* C, 5, 5, 6.

⁴⁶ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 1. Pour P. CABALLUS, l'inceste est un « *coitum naturae contrarium... crimen contra naturam humanae societatis*. » Voir aussi P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 1.

⁴⁷ P. GRILLANDUS, *loc. cit.*, par. 1, n° 2, 3 et 4, fol. 73 qui semble toutefois ne parler que des incestes entre ascendants et descendants, les *nefarii*.

⁴⁸ Bermondus CHOVERONIUS, chanoine de la cathédrale de Viviers (ce renseignement figure dans la préface de son ouvrage), *Commentarii in tit. De publicis concubinariis*, Spire, 1598, *de incestu*, n° 5.

⁴⁹ Il est une référence importante de l'ensemble des auteurs postérieurs à J. CLARUS. Il est cité dès l'introduction par J. MENOCHIUS, *loc. cit.* n° 1 (au même titre que P. GRILLANDUS), P. CABALLUS, *loc. cit.* n° 1, P. FARINACIUS, *loc. cit.* n° 2.

⁵⁰ P. MOREAU, *op. cit.*, p. 88.

⁵¹ *Les nouvelles de l'empereur Justinien traduites en français...*, *op. cit.*, p. 110, Authentique *incestas nuptias* (nov. 12, cap. 1), *post* C, 5, 5, 6. : « Et qu'enfin il se sera rendu coupable d'impiété, et qu'il se sera livré à des passions dont les animaux privés de raison sont seuls capables » traduit le texte suivant : « *egerit vero quae impia sunt et scelestas, et talia concupierit qualia plurima etiam irrationabilia admovent animali*. ». Mais P. MOREAU, *op. cit.*, p. 84, note 22, inverse le sens dans sa traduction : « ils désirent des comportements que même les animaux privés de raison évitent ».

Toutefois Caballus fait appel à Boerius⁵², pour démontrer que la raison humaine s'oppose à ce type d'union mais aussi l'instinct animal⁵³. Le président du parlement de Bordeaux rapporte⁵⁴, d'après Joannes Lupus « *de Hispania* »⁵⁵, l'histoire, en province de Bétique, d'un jeune étalon que l'on a par ruse forcé à couvrir sa propre mère et qui, s'en étant aperçu, se castra lui-même avec ses dents⁵⁶. L'influence de la théologie morale est ici évidente et Menochius⁵⁷, cite directement Thomas d'Aquin⁵⁸ : la raison naturelle s'oppose à l'union entre parents et enfants. En se référant lui-même à Aristote, il affirme que cette prohibition existe aussi chez les animaux. Les autres cas d'inceste plus éloignés sont pour l'Aquinat des interdictions qui varient selon la tradition, et les lois humaines et divines, ce qui laisse la place à une hiérarchie des cas d'incestes.

Ces distinctions ne sont pas sans résonnance sur le plan juridique et recourent certains qualificatifs romains qui distinguent entre incestes de droit naturel, incestes de droit des gens et inceste de droit civil⁵⁹. Les auteurs de la Renaissance n'ignorent pas ces qualificatifs. Pour Menochius, les prohibitions

⁵² *Loc. cit.*, n° 5.

⁵³ La thèse du rejet instinctif de l'inceste n'est pas dans la pensée romaine classique unanimement partagée. P. MOREAU, *op. cit.*, p. 79-81.

⁵⁴ BOERIUS (1469- 1539 (Nicolas Bohier, président du parlement de Bordeaux), *Decisiones supremi senatus Burdegalensis*, Francfort, 1599, *decisio* 318, n° 2.

⁵⁵ *Tractatus de Matrimonio*. Il s'agit sans doute de Juan Lopez (1440-1496).

⁵⁶ L'histoire est un peu différente du récit d'Aristote (*Histoire naturelle*, livre IX, chapitre 34) qui parle du suicide d'un cheval dans le royaume des scythes et d'une répugnance naturelle des chameaux à commettre l'inceste. P. MOREAU, *op. cit.*, p. 80 ; Le caractère instinctif ou culturel de l'inceste est très débattu, P. MOREAU, *idem*, p. 83, note 16 ; B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à 'l'horreur de l'inceste' », *Revue française de sociologie*, vol. 53, no. 4, 2012, p. 623-649 ; B. CHAMPION, « Quelques données sur les théories actuelles de la prohibition de l'inceste », *Mariage-mariages : actes du second colloque international organisé par l'association française d'anthropologie du droit en collaboration avec l'Université Paris-Sud XI, Paris-Sceaux, 9 et 10 mai 1997*, dir. C. BONTEMS, F. DOHNT, p. 88 et s. ; E. DROUET, « La soi-disant prohibition universelle de l'inceste », *La clinique lacanienne*, vol. 31, no. 1, 2020, p. 205-216.

⁵⁷ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 1, 2, 3.

⁵⁸ *Somme Théologique*, 2a 2ae, Question 154, article 9.

⁵⁹ Sur ce point voir P. MOREAU, *op. cit.* partc. p. 43-59, p. 61-75 et p. 87-105.

naturelles s'étendent incontestablement aux frères et sœurs⁶⁰, voire aux oncles et nièces⁶¹. Mais ces distinctions serviront surtout, comme en droit romain, en matière de responsabilité pour mesurer l'efficacité de l'excuse de l'erreur de droit. L'essentiel des discussions se fait en réalité à propos de la distinction entre inceste de droit romain et inceste de pur droit canonique. Elles vont donner l'occasion aux auteurs de poser les limites de l'inceste criminel.

C. Les limites de l'inceste

La détermination des bornes de l'inceste criminel est assez délicate. La doctrine pénale est en effet tributaire d'une définition de la parenté qui repose sur la prohibition matrimoniale. Or le droit romain censé fonder la répression dans l'ordre civil, ne pose pas les mêmes interdits que le droit canonique, le premier est beaucoup plus restrictif que le second. La doctrine se demande alors si le crime se limite aux interdits romains ou s'il s'étend aux interdits canoniques. Cette question fait l'objet de controverses, abondamment rapportées⁶². Pour les uns, il serait impossible d'étendre les peines du droit romain aux situations prévues par le seul droit canonique en vertu du principe selon lequel les peines ne peuvent être étendues à des situations qu'elles ignoraient au moment de leur création. *In poenalibus non admittatur extensio* rappelle Menochius⁶³. Pourtant, soutient-on au contraire, il ne s'agit pas d'étendre des peines mais d'interpréter la notion d'inceste et de noces incestueuses selon des critères définis par les canons⁶⁴ dont les principes avaient d'ailleurs été édictés avant les textes de Justinien. Cette position sévère est soutenue par plusieurs auteurs et notamment par un canoniste aussi important

⁶⁰ « *Iure quidem naturali prohibitus est hic coitus.* » J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 14.

⁶¹ *Idem*, n° 16.

⁶² J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 3 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 66 et s. ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 37 et s. ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 118, 119, 120.

⁶³ *Loc. cit.*, n° 74.

⁶⁴ *Idem*.

que Covarrubias⁶⁵ au point que Villalobos en fait une opinion commune⁶⁶. Mais Farinacius se prononce formellement contre cette extension⁶⁷. Quant à Julius Clarus⁶⁸, prudent, il adhère bien à l'opinion la plus douce, mais pour préciser que face à une telle controverse, il s'en remet à la coutume et la prudence des juges.

Trois situations sont particulièrement problématiques. La première concerne les incestes spirituels commis entre parrains, marraines, filleuls, filleules et leurs parents⁶⁹. Connu du seul droit canonique⁷⁰, lequel vint d'ailleurs en réduire la portée par une décision du concile de Trente⁷¹, sa qualification criminelle dans l'ordre civil fait l'objet de longues dissertations de la part des auteurs de *Consilia*⁷², pour en conclure qu'il s'agit bien d'une forme d'inceste répréhensible⁷³.

La deuxième situation concerne la limite de l'inceste collatéral. Le droit romain interdit le mariage entre oncle, tante, neveu et nièce⁷⁴, mais l'a autorisé entre cousins germains⁷⁵. Et, si le code théodosien contient une prohibition à ce

⁶⁵ D. COVARRUBIAS, *loc. cit.*, n° 30.

⁶⁶ J. B. VILLALOBOS, *Opiniones in jure commune*, Venetiis, 1561, lettre N, n° 48, p. 284.

⁶⁷ *Loc. cit.*, n° 120.

⁶⁸ *Loc. cit.*, n° 3.

⁶⁹ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 401.

⁷⁰ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 67 ; J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 4, J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 27, P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 48.

⁷¹ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 68. L'alliance est formée par le baptême uniquement (et non par la confirmation), le nombre de parrains et de marraines est limité à un de chaque genre. Concile de Trente Session 24, décret de réformation, chap. 2.

⁷² Voir la dissertation de François MARC (conseiller au parlement du Dauphiné, mort en 1522 ou 1523), sur un cas concret d'inceste spirituel. Franciscus MARCUS, *Decisionum aurearum, in sacro delphinatus senatu...*, pars secunda, Lyon, 1564, question 152, p. 133-135 ; voir aussi Bartolomeo CIPOLLA (1420-1475), Bartolomeus CAEPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, 1525, *Consilium* n° 69, fol. 143-144.

⁷³ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 3 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 27 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 51.

⁷⁴ I, 1, 10.

⁷⁵ P. MOREAU, *op. cit.*, p. 187 et s et tableau II, p. 418. Le mariage entre cousins fut même à Rome recommandé selon J.-P. POLY, *Le chemin des amours barbares, op. cit.*, p. 47 ; J.-P. POLY, « L'amour et la cité de Dieu. Utopie et rapport des sexes au Moyen Âge », n° 17, 18, *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 22, 2005, mis en ligne le 01 décembre 2007, consulté le

sujet⁷⁶, les institutes de Justinien⁷⁷ l'autorisent à nouveau⁷⁸. Le droit canonique au contraire interdit depuis le concile de Latran toute union jusqu'au quatrième degré canonique⁷⁹. Les auteurs ne peuvent que relever ces contradictions⁸⁰ pour conclure encore au caractère incestueux de telles unions. Mais comme l'Eglise peut accorder des dispenses, elles sont moins graves et donc moins sévèrement punies⁸¹.

La troisième situation est l'affinité : l'affinité en ligne directe ne pose pas de vrai problème, beau-père et belle-mère, chacun dans les deux sens du mot français, gendre, bru, enfants de premier lit de parents remariés sont assimilés à des ascendants et descendants en droit romain comme en droit canonique, l'affinité étant étendue à la femme du frère ou à la sœur de l'épouse^{82 83}. Le droit canonique l'étend à toute la parenté de l'époux et de l'épouse, ce qui élargit considérablement le champ des interdits⁸⁴. L'affinité peut aussi résulter d'un coït illicite. Le droit canonique estime en effet que l'accouplement entre deux personnes entraîne une unité de chair. Cette union charnelle crée non seulement un empêchement matrimonial jusqu'au quatrième degré canonique⁸⁵, que le concile de Trente limitera ensuite aux premier et deuxième

06 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/cliio/1735> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cliio.1735>.

⁷⁶ C. th., 3, 12, 3. Le texte est invoqué par P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 83 et avant lui par P. Gregorius, *loc. cit.*, lib. IX, c. 2, n° 14, p. 158.

⁷⁷ Institutes, 1, 10.

⁷⁸ P. FARINACIUS rend compte avec précision de la difficulté, *loc. cit.*, n° 83, 84, 85.

⁷⁹ 8^{ème} civil. A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 371.

⁸⁰ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 83, 84 et 85 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 92 et s.

⁸¹ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 16 et 17.

⁸² I, 1, 10, 6 et 7.

⁸³ C. 5,5,5.

⁸⁴ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 414. A. GUERREAU-JALABERT, « L'apport des données médiévales à l'analyse du système d'alliance européen », *L'Atelier du Centre de recherches historiques* [En ligne], 19 Bis, 2018, mis en ligne le 25 juin 2018, consulté le 04 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/acrh/8619> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/acrh.8619>.

⁸⁵ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 418 et s.

degrés⁸⁶. Il crée aussi un interdit sexuel à caractère criminel⁸⁷: les hypothèses décrites sont celles du père et du fils, de l'oncle et du neveu qui connaissent la même femme⁸⁸ ou d'un homme qui connaît charnellement deux sœurs ou la mère et la fille⁸⁹. Inconnu du droit romain, « *non est verus incestus* » avance Tiberius Decianus⁹⁰. Mais à l'inverse, Farinacius n'hésite pas à le qualifier de *nefarius*⁹¹, quand il concerne des ascendants et des descendants. En toute hypothèse, si des questionnements, largement évoqués par les auteurs de *consilia*, demeurent sur le caractère vraiment criminel d'incestes commis entre affins parfois éloignés⁹², il paraîtrait pour autant choquant de les laisser à la seule punition du droit canonique.

Si les auteurs distinguent bien les interdits romains des interdits canoniques, ils répugnent à rejeter systématiquement hors du champ pénal les incestes purement canoniques. Tout acte commis en violation des interdits matrimoniaux constitue un inceste criminel, tant dans l'ordre religieux que civil. *Mixti fori*, tout inceste peut être poursuivi devant les tribunaux laïcs et puni par ceux-ci⁹³. En se soumettant aux règles matrimoniales du droit canon, l'ordre civil a en réalité absorbé l'ordre religieux et entend réprimer toutes les sortes d'inceste. Il ne renonce toutefois pas à les hiérarchiser. Une césure demeure sur le plan de la qualification : les incestes de droit romain en nombre plus restreints concernent la parenté proche et sont plus graves que les interdits purement canoniques, à l'exception peut-être de la problématique affinité créée par le coït illicite. La hiérarchie fondée sur les rapports de proximité de parenté est respectée. Mais la césure concerne surtout la pénalité. Les premiers seront

⁸⁶ Session 24, décret de réformation, chapitre IV. Il est cité par P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 48 et P. FARINACIUS, n° 116.

⁸⁷ P. GRILLANDUS, *loc. cit.*, fol. 76 v°, n° 1, 5 et 6.

⁸⁸ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 105 et 106.

⁸⁹ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 23 et 24. P. GRILLANDUS, *idem*.

⁹⁰ T. DECIANUS (1509-1582), *Tractatus criminalis*, t. 2. Franckfort, 1591, livre 6, c. 23, n° 13.

⁹¹ *Loc. cit.*, n° 103.

⁹² A. TARTAGNUS dit IMOLA (1424-1477), *Liber sextus, consiliorum Alexandri Imolensis*, Lyon, 1544, *Consilia*, n° 229 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 109 et s. ; Vincentius DE FRANCHIS, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, Francfort, 1672, *decisio* 378, n° 378.

⁹³ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 117 et s.

punis par la peine romaine, la peine ordinaire du « droit commun ». Les seconds le seront d'une manière qu'il restera à déterminer, les tribunaux laïcs n'étant pas tenu par des sanctions purement canoniques, pénitences, excommunication⁹⁴, ou déposition des clercs qu'ils ne peuvent légitimement prononcer⁹⁵.

Finalement, les différentes classifications opérées par les auteurs ne parviennent pas vraiment à hiérarchiser de manière claire les différents types d'inceste. C'est la peine encourue, ou plutôt les peines encourues par ces « incestes » qui permettront de clarifier cette hiérarchie du mal.

II. La recherche de la peine ordinaire

La recherche de la peine ordinaire, sur laquelle viendra s'appuyer l'arbitraire est une préoccupation majeure de la doctrine. Mais face aux insuffisances du droit romain, sur lequel ils tentent vainement de s'appuyer, les auteurs vont se tourner vers une jurisprudence choisie pour découvrir non seulement la peine ordinaire du crime mais la hiérarchie même des cas d'incestes et la spécificité propre à chaque catégorie.

A. Les limites de l'utilisation du droit romain

Les romanistes se heurtent à la complexité de leurs sources pour la détermination de la peine ordinaire. Celle-ci est en effet très difficile à trouver dans les textes romains. Elle n'est dans le *corpus* de Justinien clairement établie que pour les mariages incestueux -exil et confiscation des biens⁹⁶- mais pas pour

⁹⁴ D. COVARRUBIAS, *loc. cit.*, n° 27 ; P. GRILLANDUS, *loc. cit.*, fol 75 v°, n° 3, 4, 5 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 117.

⁹⁵ D. COVARRUBIAS, *idem*, n° 3 ; T. DECIANUS, *loc. cit.*, n° 13.

⁹⁶ Exil, perte de dignité, confiscation des biens et fouet pour les personnes viles. Authentique *incestas nuptias*, nov. 12, cap. 1, *post C*, 5, 5, 6.

les coûts. La doctrine reste alors tributaire d'une construction médiévale que les auteurs vont exposer avec soin avant de la réfuter. Elle repose sur deux propositions. Selon la première, la peine de l'inceste est empruntée à celle de l'adultère. Cette affirmation repose sur quelques textes du digeste qui affirment l'identité de la peine de l'inceste et celle de l'adultère⁹⁷. La glose insiste sur cette identité⁹⁸ et au XIV^e siècle Alberic de Rosate⁹⁹, comme Bartole¹⁰⁰, sont tout aussi affirmatifs. Cette assertion est constamment répétée au XV^e siècle¹⁰¹ et XVI^e siècle¹⁰², au point de former une incontestable *communis opinio*¹⁰³. La seconde proposition consiste, en s'appuyant sur le code de Justinien¹⁰⁴, à affirmer que la peine de l'adultère est la mort, même pour les femmes pourtant exemptées de peine de mort en cas d'adultère en vertu de l'authentique *sed hodie*. L'auteur romain Papinien affirme en effet dans le digeste, l'identité des peines en matière d'inceste, quel que soit le sexe de l'auteur¹⁰⁵, c'est du moins encore l'interprétation de la glose¹⁰⁶. L'atténuation de la peine ordonnée par Justinien à l'égard des femmes ne s'appliquerait donc pas. Mais cette interprétation est contestée et fit l'objet de controverses abondamment rapportées par Menochius¹⁰⁷ et Farinacius¹⁰⁸. Il existe en effet un fragment du juriste romain Marcianus, contenu au digeste, qui vise directement l'inceste et ne le punit que

⁹⁷ D, 48, 5, 11, 1 ; D, 48, 5, 38.

⁹⁸ *Glose ordinaire*, D, 48, 5, 38 ad v. *Punietur* : « scilicet de adulterio ».

⁹⁹ Albericus DE ROSATE (1290-1360), *Commentarii in secundam digesti novi partem*, éd. 1585, *ad legem iulia de adulteriis*, l. 38 *si adulterium*, n° 1 (liv. 48, t. 5, l. 38), p. 183 : *Poena incestus scienter commissi eadem est cum poena adulterii*.

¹⁰⁰ BARTOLUS, *Commentaria in secundam digesti novi partem*, tome 6, Venetiis, 1586, *ad leg. Jul. de adult.*, l. 38, *si adult.*, n° 5 (L. 48, T 5, l. 38), fol. 166 v°.

¹⁰¹ A. ARATINUS, *loc. cit.*, n° 66.

¹⁰² P. GRILLANDUS, *loc. cit.*, q. 2, n° 15, fol. 73r° ; A. BOSSIUS, *loc. cit.*, n° 4 ; A. THESAURUS, *loc. cit.*, n° 1.

¹⁰³ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 7 ; P. CABALLUS *loc. cit.*, n° 96.

¹⁰⁴ C, 9, 9.

¹⁰⁵ D, 48, 5, 38. « *Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret* ».

¹⁰⁶ D, 48, 5, 38 ad v. *mulier similiter* : « scilicet ut vir ».

¹⁰⁷ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 31-40.

¹⁰⁸ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 7-33.

de la déportation dans une île¹⁰⁹. Punir indistinctement l'inceste de mort aboutirait aussi à balayer toute distinction, toute hiérarchie entre les incestes.

Les docteurs médiévaux peinaient à lever ces contradictions et au XVI^e siècle¹¹⁰, les auteurs s'opposent encore. En humaniste, au sens culturel du terme, Menochius¹¹¹ se fait historien et remarque que le texte de Marcianus qui punit de la déportation est antérieur- il date du III^e siècle- à celui du *codex* qui prévoit la mort pour les adultères. Le second texte prime donc sur le premier. Mais d'autres auteurs voient dans le droit romain un bloc non chronologique, dont on doit surmonter les contradictions. Or une disposition spéciale plus douce doit prévaloir sur une plus sévère. Cette position soutenue par Tartagnus¹¹², est encore au XVI^e siècle celle de Caballus¹¹³, Farinacius¹¹⁴ et Vincentius De Franchis *quia odia sunt restringenda*¹¹⁵. Pour ces derniers, la peine est bien celle de la déportation sur une île, mais comme cette peine est à présent inusitée, la peine du droit commun est devenue une peine arbitraire¹¹⁶, qu'il s'agisse d'inceste de droit de gens, de droit naturel ou de droit civil¹¹⁷, sauf si un statut municipal la prévoit expressément¹¹⁸. La position des auteurs de *consilia* fut sans doute déterminante. Confrontés à des incestes commis entre collatéraux, ils répugnaient à conclure à la mort. C'est le cas de Tartagnus¹¹⁹, qui conclut à une peine arbitraire pour un inceste commis avec la fille de la sœur de la femme prédécédée de l'accusé. Les cours suivaient des raisonnements similaires comme

¹⁰⁹ D, 48, 18, 5 : « *Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit. denique hoc casu servi in personam domini torquentur* ».

¹¹⁰ BARTOLE, *Commentaria, op. cit., De quaestionibus*, l. 5, *si quis viduam*, p. 179.

¹¹¹ MENOCHIUS, *idem*, n° 33 et 34.

¹¹² P. TARTAGNUS, *loc. cit.*, fol. 129 r° n° 5.

¹¹³ *Loc. cit.*, n° 20, 21, 22, 23.

¹¹⁴ *Loc. cit.*, n° 11 et 12.

¹¹⁵ *Loc. cit.*, n° 2.

¹¹⁶ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 23.

¹¹⁷ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 12, n° 21 et n° 22.

¹¹⁸ *Idem*, n° 19.

¹¹⁹ *Loc. cit.*, fol. 129 et s.

dans la décision de la cour de Naples rapportée par De Franchis¹²⁰ : un homme avait charnellement connu deux sœurs vierges, qui étaient aussi ses cousines germaines. Il avait été pour ce double inceste condamné à mort en première instance, mais il le fut seulement à une peine de déportation, le 6 novembre 1586. Les deux sœurs furent condamnées à être détenues dans un monastère.

Pour les « abolitionnistes », la peine de mort n'est pas pour autant totalement écartée mais devient une peine extraordinaire en cas d'inceste aggravé. Les docteurs ne veulent toutefois pas laisser son prononcé à la totale liberté du juge.

La première hypothèse examinée est celle du cumul d'infraction avec l'adultère ou le stupre que la doctrine tente encore de faire reposer sur le droit romain¹²¹. Mais pour Farinacius¹²², le raisonnement ne tient pas car l'adultère et le stupre ne sont pas eux-mêmes punis de mort et le texte de Marcianus qui prévoit la peine de déportation parle aussi d'un inceste doublé d'adultère. La pratique elle-même vient contredire les positions les plus sévères : le même Farinacius fait remarquer que Clarus cite des décisions d'incestes doublées d'adultère qui ne sont aucunement punis de mort¹²³. L'annotateur de Vincentius de Franchis, Ricius est catégorique à propos du stupre : « *Stuprum cum incestu committens, an possit puniri poena mortis, quod non* »¹²⁴. Il est alors difficile de se sortir de ces discussions, ce que les auteurs concèdent volontiers. Il ne reste plus alors qu'à écarter le droit romain, pour se fonder sur d'autres sources juridiques : les statuts municipaux et les arrêts des cours souveraines.

La valeur juridique des statuts municipaux est pour les auteurs italiens considérable puisqu'ils priment sur le droit commun et sont théoriquement d'application stricte. Mais leur caractère lacunaire donne lieu à interprétation¹²⁵. Les auteurs citent bien quelques statuts qui prononcent la

¹²⁰ *Loc. cit.*, p. 665.

¹²¹ A. ARETINUS, *loc. cit.*, n° 44 ; J. CLARUS, *loc. cit.*, n°2 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 40, P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 15.

¹²² F. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 18.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ V. DE FRANCHIS, *loc. cit.*, *decisio* 378, *additio* D. RICII, p. 666.

¹²⁵ A. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 203-206.

peine de mort contre les incestes, mais jamais pour tous les incestes, respectant ainsi une hiérarchie fondée cette fois sur la proximité de parenté. Cipolla rapporte un statut qui punit de mort les incestes commis entre ascendants et descendants¹²⁶, frères et sœurs ou avec la belle-mère (*noverca*) et la femme du frère, définition large mais qui ne va pas au-delà des interdits romains. Le statut rapporté par Tartagnus punit de mort les incestes entre ascendants et descendants « à l’infini » pour reprendre le vocabulaire romain et entre collatéraux jusqu’au quatrième degré de computation canonique¹²⁷, mais il exclut les affins. Les statuts de la ville de Rome, rapportés par Farinacius¹²⁸, reprennent certaines distinctions du droit savant : la peine de mort est appliquée tant pour les hommes que pour les femmes en cas d’inceste jusqu’au second degré et jusqu’au quatrième en cas d’inceste doublé d’adultère¹²⁹. Ces différents statuts sont sévères et aboutissent à punir de mort de simples incestes entre collatéraux. A l’inverse, d’autres statuts sont d’une grande mansuétude et punissent de simples amendes des incestes entre ascendants et descendants par affinité¹³⁰. Divers, ils restent des droits particuliers, peu cités dans les traités généraux. La source principale devient la source jurisprudentielle qui va servir de guide à une tentative de hiérarchisation des cas d’incestes.

B. Les décisions des cours souveraines et la hiérarchisation des incestes

Encore inexistante ou allusive au début du siècle dans les exposés de Grillandus ou Bossius¹³¹, la jurisprudence des arrêts est systématiquement intégrée dans les traités de Julius Clarus, Menochius, Caballus et Farinacius. Les décisions utilisées émanent des cours supérieures de France et d’Italie, *quales*

¹²⁶ B. CAEPOLLA, *loc. cit.*, fol. 143 et s.

¹²⁷ *Loc. cit.*, fol. 129 et s.

¹²⁸ *Loc. cit.*, n° 10 et 19.

¹²⁹ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 10 et 19.

¹³⁰ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 3.

¹³¹ A. BOSSIUS fait allusion à l’usage de la cour de Milan, sans référence précise, *loc. cit.*, n° 6.

sunt principes précise Menochius¹³². Elles proviennent des principaux recueils d'arrêts et *consilia*, quand les auteurs ne les puisent pas directement de leur propre expérience de magistrat¹³³. En raison de l'origine des auteurs, le Sénat de Milan se trouve particulièrement valorisé. Les décisions citées proviennent d'ailleurs en premier lieu de Clarus¹³⁴, lui-même sénateur de Milan. Elles vont aider la doctrine à reconstruire une hiérarchie des cas d'incestes et à tenter de lui donner une cohérence.

Cette cohérence ne se perçoit pas à l'évidence : la variété des peines est soulignée¹³⁵, « en raison des faits et de la condition des personnes »¹³⁶. Des peines corporelles sont prononcées pour des incestes commis entre affins, descendants ou collatéraux. : un arrêt du 7 novembre 1548 condamne une certaine Marguerite Cella à être fustigée pour un inceste commis avec le mari de sa sœur (*cum sororio*) ; le 15 mars 1559, la dame de Raynerio fut aussi fustigée pour avoir commis l'inceste avec son gendre¹³⁷.

Plus sévères sont les condamnations de collatéraux par le sang : les peines corporelles sont doublées de peines de bannissement ou de galères. Une décision du Sénat du Piémont rapportée par Thesaurus¹³⁸, condamne un frère et une sœur au fouet, puis le frère aux galères et la sœur au bannissement. Mais des condamnations à des peines arbitraires s'étendent aussi à des collatéraux plus éloignés. Une décision de la cour de Naples le 6 novembre 1586¹³⁹ condamne un homme au bannissement et ses cousines furent mises au

¹³² *Loc. cit.*, n° 38.

¹³³ « *Ego vidi, in contingentia, per senatum diversimode puniri incestuosos* » écrit J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2.

¹³⁴ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39 et P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 64 citent J. CLARUS.

¹³⁵ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 54.

¹³⁶ P. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 38.

¹³⁷ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2.

¹³⁸ A. THESAURUS, *loc. cit.*, n° 4, fol. 93v. Il est cité par P. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 33 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 81 rapporte aussi le cas mais recopie le texte de A. THESAURUS avec des erreurs, transcrivant *marem* en *matrem*, ce qui en modifie le sens.

¹³⁹ Décision rapportée V. DE FRANCHIS, *loc. cit.*, p. 665. Il est cité par J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n°23 et 25 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 33.

couvent : Caballus, dans un *consilium*, rapporte une condamnation par une juridiction plus modeste – la cour de Podemza- de Gregorius Ioanettoni et Margarita Sapotiti, cousins au deuxième et troisième degré de consanguinité, l'un à une amende de soixante écus et au bannissement pour trois ans et l'autre moins sévèrement, « mitior », à trente écus et à un bannissement de deux ans¹⁴⁰. Même si l'ensemble des incestes entre collatéraux restent punis arbitrairement, les incestes spirituels, de pur droit canonique, le sont encore plus modérément. Au XV^e siècle Cipolla concluait son *consilium* sur un inceste commis entre compère et marraine, en affirmant que pour les cas prévus par le droit romain ou les statuts devaient être punis ni de peine de mort ni de peine corporelle mais de simples peines pécuniaires¹⁴¹. La décision du parlement de Grenoble rapportée par François Marc¹⁴², est parfois aussi évoquée¹⁴³ : elle punit le coupable d'un inceste spirituel, pourtant doublé d'adultère, commis avec sa commère, d'une amende de 25 livres et cent livres de réparation au mari, ainsi qu'à lire la sentence devant la chapelle de la Vierge. La femme fut condamnée à un jeûne quelques vendredis « pour un certain temps », sa minorité de vingt-cinq ans jouant aussi en sa faveur. Elle aurait pu, d'après les « seigneurs de la cour », mériter une pénitence publique : une promenade infamante, nu-pied et nu-tête, portant un cierge, jusqu'à l'Église pour y demeurer le temps de la grand-messe, ce qui ressemble bien à une peine canonique¹⁴⁴. Les exemples d'affinité créée par coït illicite enfin n'abondent pas. La décision de la cour de Naples citée par De Franchis punit bien le cousin qui connut ses deux cousines du bannissement, mais l'inceste était double et l'affinité n'était pas nécessaire pour le rendre punissable. Les auteurs font alors appel à un arrêt de Toulouse du 12

¹⁴⁰ *Consilium* à la suite du *casus* 200, n° 92 à 108. P. CABALLUS explique cette relative mansuétude par une impossibilité d'appliquer les peines romaines à cette situation, impunie en droit romain et devenu à présent « cas arbitraire », *loc. cit.*, n° 99 et 108.

¹⁴¹ *Loc. cit.*, *in fine*, fol. 143v°.

¹⁴² *Loc. cit.*, p. 133 et 134.

¹⁴³ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 45 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 69, P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 26.

¹⁴⁴ *Idem*, n° 9.

septembre 1548 rapporté par Papon¹⁴⁵, qui punit des galères un homme qui avait épousé une femme après avoir rendu enceinte sa nièce.

Les peines de mort enfin sont réservées à des cas d'abus commis par des pères sur leurs filles. Bossius écrivait ainsi que des parents (*parentes*), pour le coût avec leurs filles, furent brûlés (*igni combusti*) ou pendus (*furcis suspendi*), par ordre du Sénat de Milan¹⁴⁶. Clarus en donne un exemple précis : une décision du 5 octobre 154*, l'année n'est pas totalement précisée, condamna un certain Jean de Corsis à la pendaison pour le viol de sa fille de 16 ans¹⁴⁷. Baiardus ajoute une décision de 1587 qui punit un père de mort pour avoir rendu sa fille enceinte¹⁴⁸. Une condamnation à mort fut aussi prononcée à Bologne contre un père¹⁴⁹. Plus tardif et donc sans doute pour cette raison seulement cité dans une addition de Thésaurus, est un arrêt du Sénat de Turin du 17 février 1591 qui condamne encore à mort un père pour avoir connu charnellement sa fille de neuf ans¹⁵⁰. La moisson d'exemples reste un peu maigre. Les auteurs italiens ont alors recours à la pratique bordelaise, connue grâce à Boerius¹⁵¹. Il rapporte en effet deux décisions du parlement de Bordeaux qui puniraient aussi du dernier supplice les pères incestueux, mais les accusés ont en réalité échappé à la mort faute de preuve. Clarus¹⁵², fréquemment repris par la suite, cite enfin d'après Papon¹⁵³, une décision du Parlement de Toulouse du 9 novembre 1548. Il s'agit d'un notaire qui avait connu successivement la mère et la fille et fut pour

¹⁴⁵ J. PAPON, *op. cit.*, livre 22, titre 9, arrêt 8. Il est cité par J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2 ; J. MENOCHIUS, n° 39 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 53. P. FARINACIUS, *loc. cit.*, net 107, cite l'arrêt d'après J. CLARUS.

¹⁴⁶ BOSSIUS, *loc. cit.* n° 6.

¹⁴⁷ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39 et P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 64 citent CLARUS.

¹⁴⁸ BAIARDUS, *loc. cit.*, n° 1.

¹⁴⁹ Elle est rapportée sans date par J. MENOCHIUS, n° 39 et reprise par P. FARINACIUS, n° 64.

¹⁵⁰ A. THESAURUS, *loc. cit.*, addition n° 2.

¹⁵¹ BOERIUS, *loc. cit.*, est cité à ce sujet par BAIARDUS, *loc. cit.*, n° 4 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 35 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 30, 49, 64, 67, 76, 82, 87, 95, 97, 113.

¹⁵² J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 2. J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39 le cite aussi, tout comme P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 52 et P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 104.

¹⁵³ J. PAPON, *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France*, liv. 22, tit. 9, arrêt 7, Coligny, 1616 (1^{ère} édition 1556), p. 1265.

cela pendu. L'arrêt est d'une extrême sévérité pour un cas qui pourtant là encore ne relève que du droit canonique ! Mais, l'affinité créée avec la mère faisait de la connaissance de la fille un inceste commis par ascendant peut être assimilable à un crime *nefarius*.

Au-delà du jugement particulier, peut-on reconstituer une nouvelle hiérarchie des incestes fondée sur la lecture des décisions judiciaires. Certains auteurs s'y attèlent : Farinacius, après avoir écarté les discussions romanistes, reprend chaque cas d'inceste et fonde la pénalité sur la proximité des liens de parenté : il affirme que les *nefarii*, commis entre ascendants et descendants par le sang sont punis de mort, ce qui est une certitude pour l'ensemble de la doctrine. Mais ce même Farinacius commence à en douter dès qu'il arrive aux affins des ascendants et descendants et nie franchement son application lorsqu'il arrive au frère et sœur, sauf en cas de défloration de cette dernière¹⁵⁴. C'est encore l'analyse de la jurisprudence qui permet à Caballus d'affirmer que la peine de mort n'est pas applicable aux incestes commis entre collatéraux¹⁵⁵.

Réduire la hiérarchie des incestes à la seule proximité des liens de parenté ne permet cependant pas de rendre compte totalement de la variété des peines prononcées. Expliquer ce qui relève en grande partie de l'arbitraire des juges est toujours délicat, les causes d'aggravation ou d'atténuation étant nombreuses. La féminité est une cause de mansuétude : « *in hoc delicto minus debent puniri mulieres quam mares* » et Farinacius renchérit¹⁵⁶ : « *Veritas est, quod foeminae, tamquam magis fragiles quam masculi, in hoc incestus crimine sunt semper mitius puniendae* »¹⁵⁷. Après un examen des exemples jurisprudentiels, Caballus conclut que si les hommes sont condamnés à mort¹⁵⁸, les femmes sont fustigées, bannies ou détenues dans des monastères, laissant même entendre l'existence de peines masculines et de peines féminines. La jeunesse des accusés excuse aussi des peines ordinaires¹⁵⁹ et pour François Marc,

¹⁵⁴ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 82.

¹⁵⁵ *Loc. cit.*, n° 33 à 35.

¹⁵⁶ BAIARDUS, *loc. cit.*, n° 10.

¹⁵⁷ P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 28.

¹⁵⁸ *Loc. cit.*, n° 35.

¹⁵⁹ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 45.

c'est cette jeunesse de l'accusée qui explique la mansuétude dont elle a fait l'objet dans la décision du parlement du Dauphiné qu'il rapporte¹⁶⁰. L'ignorance de droit ou de fait peut partiellement ou totalement faire échec à la répression¹⁶¹. Les statuts municipaux enfin peuvent imposer de simples peines pécuniaires¹⁶², même pour des cas graves. C'est ce qui explique l'extrême indulgence dont bénéficia Vincentius Maldurus condamné, le 24 juin 1554, à une simple peine pécuniaire prévue par un statut municipal pour un inceste commis avec la fille de sa femme (*privigna*)¹⁶³.

En dehors de ce dernier cas, les causes d'atténuation de la peine peuvent très bien s'insérer dans un système de gravité fondé sur la proximité du lien de parenté. Elle s'insère aussi dans un système de responsabilité fondé sur la place de chacun dans la famille et cette place sera aussi déterminante pour expliquer la mesure de la peine prononcée, sans que les auteurs ne viennent clairement l'exprimer. Si dans les incestes commis entre collatéraux, la peine subie par les deux partenaires est souvent évoquée, exprimant leur responsabilité réciproque, elle ne l'est pas dans les incestes commis entre ascendants et descendants¹⁶⁴, à une exception près¹⁶⁵, ce qui conduit à désigner un auteur principal qui seul subit la peine de mort. L'horreur du crime et la responsabilité de l'ascendant peut alors s'exprimer à travers l'application de la peine capitale et peut-être pas seulement pour des raisons de proximité de sang : au rejet de l'inceste, en tant qu'union avec sa parenté s'ajoute l'idée de souillure commise par celui qui devait garder la vertu de sa fille.

Cette idée de souillure commise par les pères s'exprime dans le vocabulaire employé par les auteurs : dans les cas d'incestes simples, l'acte sexuel est désigné par des termes neutres : « *cognoscere carnaliter* », « *habere rem*

¹⁶⁰ F. MARCUS, *Loc. cit.*, n° 8. La décision est utilisée dans ce sens par J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 45 et P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 69.

¹⁶¹ Sur ces différents points nous renvoyons à notre étude déjà citée, « L'intention dans le crime d'inceste. Doctrine italienne et doctrine française (XVI^e siècle-XVII^e siècle) ».

¹⁶² P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 30.

¹⁶³ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 3.

¹⁶⁴ Voir les affaires citées par J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 3 ; J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39 ; A. THESAURUS, *loc. cit.*, addition n° 2.

¹⁶⁵ Il s'agit de l'affaire rapportée par BAIARDUS, *loc. cit.*, n°1.

carnalem »¹⁶⁶, « *coiere* »¹⁶⁷, ou « *concupare* »¹⁶⁸. La dame de Raynerio, selon Menochius, « *cum proprio genero commiscuerat* »¹⁶⁹. Même s'ils peuvent renvoyer à une situation illicite, ces verbes n'expriment pas nécessairement de contrainte morale ou physique. Ils peuvent même laisser entendre une participation réciproque à l'acte criminel. Mais le vocabulaire change fréquemment dans des cas concrets de *nefarius* commis par les pères : les mots sont ceux du stupre ou du viol : Joannnis de Corsis « *violaverat* »¹⁷⁰, ou « *compresserat*¹⁷¹ sa fille de seize ans et fut pour cela pendu. Menochius à propos de l'arrêt du 9 octobre 1548 écrit que l'auteur fut aussi pendu car « *matrem filiamque stupraverat* »¹⁷². En rapportant l'affaire de Bologne, Menochius dit que le père « *propriam filiam constupraverat* »¹⁷³. Le même Menochius cite encore des exemples tirés de la littérature antique montrant des pères abuseurs de leurs filles, par force (*vi adhibita*) ou par surprise. Ce vocabulaire met en évidence l'existence de pères ou beaux-pères abusifs, mais il n'est pas exclusif d'autres débauchés : le coupable d'avoir connu charnellement deux sœurs vierges, dont il était aussi le cousin, est qualifié par Caballus de « *stuprator* »¹⁷⁴, ce qui en l'occurrence est exact, la défloration étant la caractéristique même du « stupre », une souillure, ce qui est d'ailleurs sans doute le sens « romain » du terme¹⁷⁵. Mais l'abus est moins grave que celle d'un père et n'entraîne pas la mort, même si le *stuprator*, dont la condamnation à mort fut envisagée, fut puni plus sévèrement que ses cousines. Les auteurs ont ainsi une conscience encore

¹⁶⁶ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 1, 2, 3 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 1 et 2.

¹⁶⁷ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 3, 14, 26, 27 etc. ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 53, 55, 56, 60, etc.

¹⁶⁸ *Loc. cit.*, n° 16.

¹⁶⁹ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 19.

¹⁷⁰ J. CLARUS, *loc. cit.*, n° 3 ; P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 6. P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 64.

¹⁷¹ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39.

¹⁷² J. MENOCHIUS, *ibid.* Il cite J. PAPON, *op. cit.*, livre 22, titre 9, arrêt 7, qui lui en français emploie l'expression plus neutre de « connaissance charnelle » tout comme J. CLARUS d'ailleurs, *loc. cit.*, n° 3.

¹⁷³ J. MENOCHIUS, *loc. cit.*, n° 39 ; P. FARINACIUS, *loc. cit.*, n° 64.

¹⁷⁴ P. CABALLUS, *loc. cit.*, n° 28.

¹⁷⁵ Yann RIVIERE traduit ainsi délibérément le terme de *stuprum* par celui de souillure sexuelle. *Histoire du droit pénal romain*, Paris, 2021, Les belles lettres, p. 543.

diffuse de l'existence d'un inceste-domination. En faisant du père l'acteur principal, ils font bien peser la responsabilité de la souillure sur sa personne. Mais la jurisprudence citée ne fait pas systématiquement de la fille une victime innocente. Dans le cas jugé en 1587, rapporté par le seul Baiardus, la fille mise enceinte par son père qui fut pour cela pendu, fut pour sa part fustigée et condamnée à servir dans un hôpital pour dix ans¹⁷⁶. La peine est atténuée mais la fille est loin d'être considérée comme une victime. Elle est toutefois la seule condamnation d'une fille abusée par son père qui soit rapportée par la doctrine et on ignore si la mesure doit être vue comme une peine ou mesure de rééducation. Dans une étude récente, Didier Lett¹⁷⁷, a relevé un cas, jugé à Bologne au début du XV^e siècle, d'une fille condamnée comme son père à la peine capitale, le juge estimant qu'elle était consentante malgré sa jeunesse. Mais la doctrine de la Renaissance semble ignorer cette affaire, ou bien le cas, déjà ancien, ne leur a-t-il pas semblé digne de figurer parmi des exemples qui réservent la peine de mort aux seuls hommes, aux *parentes propter coitum habitum cum eorum filiabus*¹⁷⁸.

Enfin pour cette doctrine de la Renaissance, les incestes, dans leur diversité, sont des crimes matrimoniaux et des abus sexuels familiaux, même si par analogie ils peuvent parfois s'étendre au-delà de la famille. Ils sont punis par un ordre civil qui a absorbé l'ordre religieux. Libéré d'un *corpus* romain trop confus, en s'appuyant sur la jurisprudence, la gravité du crime se mesure désormais sur la proximité de la parenté dont les extensions canoniques sont minimisées. Mais un seul inceste familial est capital¹⁷⁹, celui commis par les pères sur leurs filles même si les juges ne sont pas tout à fait prêts à faire systématiquement de ces dernières de vraies victimes de l'abus paternel.

¹⁷⁶ BAIARDUS, *loc. cit.*, n° 1.

¹⁷⁷ *Loc. cit.*, p. 27 et s.

¹⁷⁸ A. BOSSIUS, *loc. cit.*, n° 6.

¹⁷⁹ On exclut encore ici les incestes analogiques commis sur les moniales ou par les prêtres sur leurs pénitentes qui font souvent l'objet de développements à part.