

UNIVERSITE PARIS-SUD

Faculté Jean Monnet – Droit, Économie, Gestion

Année universitaire 2012-2013

L'INCESTE

Mémoire de Master 2 recherche
Mention Droit privé fondamental

présenté par

Sarah PAQUAY

Sous la direction de
Mme le Professeur Sophie GAUDEMET

« L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur »

SOMMAIRE

Introduction

Partie 1

L'INCESTE APPRÉHENDÉ PAR LE DROIT

Titre 1 – *L'INCESTE EN DROIT CIVIL*

Section 1 : *Le refus d'institutionnaliser l'inceste - les prohibitions à mariage*

Section 2 : *Le refus d'officialiser les effets de l'inceste - l'interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse*

Titre 2 – *L'INCESTE EN DROIT PÉNAL*

Section 1 : *La relation incestueuse avec un mineur*

Section 2 : *La relation incestueuse non consentie*

Partie 2

L'INCESTE IGNORÉ PAR LE DROIT

Titre 1 - *L'INSOUCIANCE DU DROIT EN MATIÈRE D'INCESTE*

Section 1 : *La tolérance du droit civil face à certaines situations incestueuses*

Section 2 : *Les approximations du droit quant à l'utilisation du terme « inceste » : l'exemple du droit pénal*

Titre 2 – *LA NÉCESSITÉ D'UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DE L'INCESTE PAR LE DROIT*

Section 1 : *Un droit positif contestable*

Section 2 : *Les évolutions envisageables*

Conclusion

INTRODUCTION

Rares sont les mots qui provoquent une répulsion unanime ; à l'intérieur de ce cercle fermé, l'inceste apparaît immédiatement comme le représentant exemplaire de l'idée de tabou universel. En effet, comme s'attache à le démontrer Claude Lévi-Strauss dans son ouvrage fondamental *Les Structures élémentaires de la parenté*, la règle de la prohibition de l'inceste serait un interdit qui se retrouverait dans l'ensemble des groupes sociaux, quels que soient l'époque et le lieu considérés. Si dans nos sociétés occidentales le tabou de l'inceste est profondément enraciné, il semble l'être également dans l'immense majorité des autres cultures, aussi ancestrales soient-elles. Interrogeant un des membres du peuple des Arapesh, en Nouvelle-Guinée, l'anthropologue américaine Margaret Mead constatait par exemple que le rejet des unions incestueuses était vivace et ancré dans l'esprit de chacun des membres de la tribu¹.

Universelle, la notion d'inceste n'en est pas moins protéiforme et ses contours sont aussi divers que les groupes sociaux qui la connaissent. En France, on y associe de prime abord les relations que pourrait entretenir un père avec sa fille, un frère avec sa sœur... relations qui apparaissent pour tous comme honteuses et moralement condamnables. Étymologiquement, le terme « inceste » dérive à l'origine du latin classique *incestum* qui désignait le sacrilège. Puis, à partir du milieu du XIV^e siècle, apparut dans les écrits le terme *incestus* qui correspondait à l'idée de quelque chose d'impur, de souillé ; c'est cette signification qui a prédominé et que l'on retrouve dans les définitions données aujourd'hui, celles-ci renvoyant systématiquement à l'idée d'un interdit, d'une prohibition. Dans le langage commun, l'inceste peut être défini comme les « relations sexuelles entre un homme et une femme parents ou alliés à un degré qui entraîne la prohibition du mariage »². Dans le langage juridique, le *Vocabulaire Cornu* parle d'abord d'« union en vue du mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine », puis de « rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un

¹ « Quoi donc ! Tu voudrais épouser ta sœur ? Mais qu'est-ce qui te prend ? Tu ne veux pas avoir de beau-frère ? Tu ne comprends donc pas que si tu épouses la sœur d'un autre homme, et qu'un autre homme épouse ta sœur, tu auras au moins deux beaux-frères, et que si tu épouses ta propre sœur tu n'en auras pas du tout ? Et avec qui iras-tu chasser ? Avec qui feras-tu les plantations ? Qui auras-tu à visiter ? », M. Maed, *Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, New-York, 1935, p. 84, cité par C. Lévi-Strauss, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Mouton de Gruyter, Paris, 1967, p. 555-556.

² *Le Petit Robert*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 2013, V^o Inceste.

ascendant sur un mineur non marié »³. Quant au *Lexique juridique Dalloz*, il définit l'inceste comme une « notion née en sciences humaines, désignant une relation de couple prohibée par la coutume en raison de l'existence d'un lien de parenté entre les membres de ce couple »⁴.

Cette question d'une prohibition universelle des relations sexuelles intrafamiliales a fasciné nombre d'auteurs ; de multiples théories ont ainsi été élaborées afin de justifier l'existence de l'interdit de l'inceste. De prime abord, on associe généralement celui-ci à des raisons médicales et eugéniques ; dès le XVIII^e siècle s'est en effet développée l'idée selon laquelle la crainte des maladies liées à la consanguinité justifiait la prohibition des mariages incestueux. Cette idée a plus tard été étayée par le développement de la génétique et par la découverte du potentiel danger de l'augmentation des caractères homozygotes négatifs. Toutefois, cette justification ne semble pas pertinente, et ce pour deux raisons principales : tout d'abord, adhérer à une telle théorie relève d'une confusion faite entre l'inceste et la consanguinité. En réalité, les deux notions ne se confondent pas, puisque l'inceste est susceptible de concerner des relations entre « alliés », c'est-à-dire entre personnes n'ayant aucun lien biologique – ce que Françoise Héritier appellera les « incestes de deuxième type »⁵. Par ailleurs, comme le souligne Freud, la découverte de tels risques est relativement récente, tandis que la prohibition de l'inceste est connue de civilisations ancestrales. Dès lors, cela semblerait légitimer l'affirmation freudienne selon laquelle « il est presque ridicule d'attribuer à ces hommes incapables de toute prévoyance, vivant au jour le jour, des motifs hygiéniques et eugéniques dont on tient à peine compte même dans notre civilisation actuelle »⁶.

Dans le même ordre de pensée, des auteurs comme Henry Havelock Ellis ou Edward Westermarck vont démontrer que la prohibition de l'inceste serait innée et découlerait de l'aversion sexuelle naturelle qui naîtrait entre des individus élevés ensemble, aversion qui serait elle-même le reflet du caractère préjudiciable des unions incestueuses au niveau biologique. Freud se dressera également contre cette théorie, en reprenant l'argumentation de l'anthropologue écossais James Frazer, selon laquelle si la prohibition de l'inceste était réellement ancrée en l'homme, il ne serait pas nécessaire de la prononcer ou de l'édicter⁷.

³ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, publié sous la dir. de G. Cornu, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, V^o Inceste.

⁴ *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20^{ème} édition, 2012, V^o Inceste.

⁵ F. Héritier, *Les deux sœurs et leur mère*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1994, p. 11.

⁶ S. Freud, *Totem et Tabou*, Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2001, p. 176.

⁷ J. Frazer, *Totemism and Exogamy*, t. IV, cité par S. Freud, *Totem et Tabou*, *op. cit.*, p. 174-175.

Pour Freud, l'aversion de l'inceste est loin d'être innée : le désir d'inceste serait au contraire une pulsion naturelle.

Dans *Totem et Tabou*, Freud part en effet du mythe darwinien de la « horde primitive » ; cette tribu était à l'origine dominée par un père féroce, jaloux, ne tolérant la présence d'aucun autre mâle et gardant près de lui toutes les femelles : un jour, excédés, les fils s'unirent pour chasser le père, mettant ainsi fin à « l'existence de la horde paternelle »⁸. Toutefois, une fois leur acte accompli, les sentiments contradictoires qu'ils éprouvaient à l'égard de leur père (crainte et haine d'un côté, admiration et respect de l'autre) les conduisirent à éprouver des remords devant le meurtre de leur géniteur. Par conséquent, « ce que le père avait empêché autrefois, par le fait même de son existence, les fils se le défendaient à présent eux-mêmes, en vertu de cette "obéissance rétrospective", caractéristique d'une situation psychique que la psychanalyse nous a rendue familière »⁹. Les fils, bien que désormais libres du joug du père, vont donc s'interdire de s'octroyer les femmes du groupe, instaurant ainsi la prohibition de l'inceste. La théorie freudienne est donc particulièrement intéressante en ce qu'elle présente le désir d'inceste comme naturel et en ce qu'elle démontre que « la prohibition de l'inceste aurait [...] pour but de maintenir la hiérarchie entre les générations et la discipline nécessaire à la cohésion du groupe »¹⁰. Toutefois, le mythe raconté n'étant qu'une création de l'esprit, la théorie de Freud a fait l'objet de critiques et ne peut constituer une théorie fiable des raisons de l'interdiction de l'inceste.

En sociologie, les premières réflexions sur le sujet s'articulent autour des travaux d'Émile Durkheim, qui est le premier à faire de l'inceste une pure institution sociale, en fondant la prohibition de l'inceste sur l'évitement dans les tribus des contacts avec le sang menstruel des apparentées¹¹. Mais l'essentiel de la réflexion s'est cristallisé autour des travaux de Claude Lévi-Strauss, regroupés dans son ouvrage fondamental *Les Structures élémentaires de la Parenté*. Lévi-Strauss rejoint Freud, en ce qu'il déclare à propos de la prohibition de l'inceste que « rien n'est plus douteux que cette prétendue répugnance instinctive. Car l'inceste, bien que prohibé par la loi et les mœurs, existe »¹². L'inceste est

⁸ S. Freud, *Totem et Tabou*, op. cit., p. 199.

⁹ S. Freud, *Totem et Tabou*, op. cit., p. 201.

¹⁰ B. Seligman, « The incest taboo as a social régulation », *The Sociological Review*, t. XXVII/1 (1935), p. 75-93, cité par F. Héritier, *Les deux sœurs et leur mère*, op. cit., p. 20.

¹¹ E. Durkheim, *La Prohibition de l'inceste et ses origines*, Petite Bibliothèque Payot, 2008

¹² C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, op. cit., p. 20.

universel, à la manière des « tendances et des instincts »¹³. Une fois ce postulat établi, il explique alors que l'inceste se doit d'être prohibé pour des raisons sociales liées à l'exogamie et à l'échange entre groupes. La prohibition de l'inceste (l'interdiction négative de s'unir à une personne de son groupe familial) a en effet comme versant positif l'obligation de donner cette personne à un autre groupe afin d'éviter un isolement social ; comme le résume Nathalie Glandier Lescure dans sa thèse sur l'inceste en droit français contemporain, « le mariage endogame n'est interdit que pour introduire le mariage avec un autre groupe que la famille biologique. L'explication de cette règle ne résulte pas du péril biologique qui serait attaché au mariage consanguin mais du bénéfice social résultant du mariage exogame »¹⁴. L'interdit de l'inceste marque donc le passage de l'animalité à l'humanité : il est le marqueur du « seuil humain, ou encore [du] seuil du culturel »¹⁵. La théorie de Lévi-Strauss est souvent considérée comme la théorie fondamentale qui justifie la prohibition de l'inceste. Toutefois, elle fait également l'objet de critiques, lesquelles mettent généralement l'accent sur l'existence attestée de stratégies d'évitement des comportements incestueux chez certains groupes d'animaux et plus particulièrement chez les mammifères.

Dans les matières telles que la sociologie, l'anthropologie ou la psychanalyse sont ainsi mises en exergue les difficultés que rencontrent les auteurs à identifier une justification solide de la prohibition de l'inceste. Qu'en est-il en droit ?

Comme le remarquait le doyen Bateur, « rares sont les écrits sur le sujet de l'inceste »¹⁶ ; de fait, il semble qu'il n'existe pas aujourd'hui à proprement parler de réflexion poussée en droit sur les raisons pour lesquelles serait prohibé l'inceste. En droit romain certes, les juristes alléguaient un risque de confusion des rôles sociaux et insistaient sur la nécessité d'assurer une place stable dans la famille à chaque membre de celle-ci. Cependant, à l'époque contemporaine, la doctrine juridique n'innove plus. Déjà Portalis en 1804 écrivait pour justifier l'introduction des empêchements à mariage dans le Code civil que : « le mariage doit être prohibé entre les ascendants et descendants en ligne directe ; nous n'avons pas besoin de donner les raisons, elles ont frappé tous les législateurs »¹⁷. Il est évident qu'en insistant sur le

¹³ C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, op. cit., p. 10-12.

¹⁴ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, préf. C. Neirinck, PUAM, 2006, p. 44.

¹⁵ A. Delrieu, *Lévi-Strauss Lecteur de Freud, Le droit, l'inceste, le père et l'échange des femmes*, Anthropos, Coll. « Psychanalyse et pratiques sociales », 2^{ème} édition, 1999, p. 30.

¹⁶ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD. civ.* 2000. 759.

¹⁷ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, Éditions Confluence, Coll. « Voix de la cité », 1999, p. 32

caractère inévitable de la prohibition du mariage entre apparentés, l'éminent rédacteur reste évasif sur les raisons de celle-ci. Deux siècles plus tard, le doyen Bateur se contente de relever un « doute » et une « méconnaissance du fondement de l'inceste »¹⁸ ; le Professeur Guével, de son côté, évoque la « pénombre ambiguë »¹⁹ entourant le sujet et insiste sur « la faiblesse des fondements et des justifications de l'interdit [de l'inceste] ». Quant au doyen Cornu, il synthétise l'ensemble des réflexions sur le sujet et justifie la prohibition de l'inceste par une liste récapitulative qui ne l'engage à rien : « horreur morale, répulsion physique, crainte des dégénérescences qu'engendrent les mariages consanguins, méfaits sociaux de l'endogamie d'où viennent l'asphyxie sociale, la rupture des échanges et l'esprit de caste et, par bon sens, la paix et la tranquillité des familles »²⁰. Seule Nathalie Glandier Lescure dans sa thèse tente de dégager des contours fiables sur le sujet. Elle insiste d'abord, en se fondant sur les théories de Freud et de Lévi-Strauss, sur « le seul fondement social de la règle de l'interdit de l'inceste »²¹, puisque celui-ci fonde tant la société que l'institution de la famille ; elle constate ensuite « la fonction sociale du droit »²² et en déduit dès lors la nécessité pour le droit d'édicter le principe social fondamental qu'est la prohibition de l'inceste. Le fondement de la prohibition de l'inceste en droit est donc pour elle la nécessité de protéger la société et la famille, protection qui se doit de passer par les règles édictées par le Droit objectif.

Toutefois, la thèse de Nathalie Glandier Lescure mise à part, il semble que les réflexions sur le sujet restent floues. Ainsi, dans le cadre d'une étude sur l'inceste envisagé de façon juridique, des interrogations subsistent. Un constat clair peut cependant être effectué : d'une part, l'inceste existe, puisque comme le relève un auteur, « il existe, *de facto*, des familles incestueuses ou, comme l'a écrit un psychanalyste, des "infamilles" »²³. Ensuite, quelles que soient les raisons pour lesquelles on le pense, l'inceste se doit d'être prohibé. Or, dans nos sociétés, c'est au droit qu'il revient d'édicter la règle de la prohibition de l'inceste, puisque toute règle que l'on veut voir respectée par l'ensemble des membres de la société passe nécessairement par le droit. Or, puisqu'il s'agit à l'origine d'une notion non juridique et dont les fondements sont ignorés de la réflexion juridique, comment le droit va-t-il pouvoir appréhender l'inceste ?

¹⁸ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op.cit.*

¹⁹ D. Guével, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2004, n° 290, p. 2.

²⁰ G. Cornu, *Droit civil - La famille*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 9^e édition, 2006, p. 303-304.

²¹ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, *op. cit.*, p. 36.

²² N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, *op. cit.*, p. 45.

²³ D. Guével, « La famille incestueuse », *op. cit.*

Dans cette question se trouvent sous-jacents les deux angles de réflexions qui peuvent guider nos développements sur l'inceste : il s'agit en effet dans un premier temps d'étudier la façon dont le droit appréhende le phénomène de l'inceste, de savoir dans quelles branches du droit et par quels mécanismes juridiques s'est mise en place sa prohibition (Partie 1). Cependant, eu égard à cette imprécision constatée qui entoure en droit les fondements de la prohibition de l'inceste, il s'agira dans un second temps d'en faire le constat et d'en déduire ainsi l'ignorance du droit en matière d'inceste (Partie 2).

PARTIE 1 : L'INCESTE APPRÉHENDÉ PAR LE DROIT

Deux branches du droit sont concernées par le phénomène de l'inceste : il s'agit naturellement du droit civil - plus particulièrement du droit de la famille - et du droit pénal. Cette double appréhension se relève dans toutes les tentatives de définition de l'inceste dans le domaine juridique, lesquelles prennent bien soin de distinguer les deux domaines. Cependant, envisager avec exactitude la place de l'inceste en droit français demeure complexe ; en effet, comme le relève un auteur, « plusieurs voiles le dissimulent, à se demander si ce n'est pas parler d'inceste qui est tabou, plutôt que l'acte lui-même »²⁴. Dans le Code civil, nulle mention de l'inceste n'est faite directement dans une disposition législative, et ce depuis une loi du 3 janvier 1972 qui a supprimé l'expression « enfant né d'un commerce incestueux » de l'ancien article 335 du Code. Tout au plus trouve-t-on dans l'index de ce dernier une entrée « inceste », qui renvoie entre autres aux textes sur les empêchements à mariage. Quand au Code pénal, l'inceste aura légalement été nommé uniquement durant une courte période entre 2010 et 2011, pour finalement disparaître par l'effet de deux décisions du Conseil constitutionnel.

Cependant, une étude plus approfondie de ces deux branches du droit nous permet de déceler la place que donne le droit français à l'inceste. Dans un premier temps, l'appréhension de l'inceste par le droit civil mérite de plus amples développements, puisque la prohibition de l'inceste y est qualifiée de « principe fondateur »²⁵ (Titre 1). Dans un second temps, il s'agira

²⁴ I. Corpart, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 8 juillet 1995, p. 888

²⁵ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

de s'intéresser plus en profondeur au droit pénal, domaine où le phénomène incestueux va être envisagé comme un élément participant à la répression (Titre 2).

TITRE 1 : L'inceste en droit civil

En droit civil, la prohibition de l'inceste a été qualifiée de principe fondateur du droit de la famille par le doyen Bateur en 2000²⁶ ; en effet, comme le relève Nathalie Glandier Lescure, « parmi les interdits fondamentaux, celui de l'inceste revêt un relief particulier en ce qu'il fonde la famille et en constitue l'essence ; les prohibitions matrimoniales coïncident avec la conception légale de la famille »²⁷. Il s'agit donc ici de s'intéresser à l'appréhension de l'inceste par le droit civil, et de comprendre en quoi sa prohibition présente une importance fondamentale en la matière. Le constat suivant doit être effectué : à l'intérieur du droit de la famille, l'étude de l'inceste se dédouble. Le droit l'appréhende de deux façons différentes : dans un premier temps, il dénie à l'inceste tout accès à l'institutionnalisation, ce qui permet de délimiter les contours de la famille envisagée par le droit (Section 1) ; dans un second temps, il refuse d'officialiser les effets d'une union sexuelle incestueuse, permettant à l'institution de la famille de prospérer sans que soient révélées au grand jour les filiations incestueuses (Section 2).

Section 1 : Le refus d'institutionnaliser l'inceste - les prohibitions à mariage

Au fur et à mesure de l'Histoire, les prohibitions à mariage édictées permettent de dessiner précisément les contours de la famille à une époque considérée. Au Moyen-Âge par exemple, les interdits à mariage s'étendaient jusqu'au quatorzième degré, et concernaient ce que l'on appelait « la parenté spirituelle » : une union entre un parrain et sa filleule était par exemple considérée comme incestueuse, tout comme l'union entre le parrain et sa « commère » - c'est-à-dire celle qui tenait avec lui le filleul sur les fonts baptismaux. Par ailleurs, il existait même un crime d'« inceste spirituel » entre un prêtre et la personne à qui il administrait le sacrement de confession. Ces exemples attestent bien de l'influence chrétienne sur la notion de famille.

²⁶ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

²⁷ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, *op. cit.*, p. 63

À l'époque contemporaine, on peut noter depuis l'édiction du Code civil de 1804 qu'une évolution a lieu dans le sens d'un plus grand respect envers la liberté sexuelle, et donc envers les mariages incestueux ; ce ne sont en effet pas moins de quatre lois qui sont intervenues depuis le XIX^e siècle dans le but d'assouplir la législation civile en matière d'inceste, respectivement en 1832, 1914, 1938 et, plus récemment, en 1975 – cette loi du 11 juillet 1975 ayant supprimé la prohibition relative aux unions entre beaux-frères et belles-sœurs.

Aujourd'hui, il existe donc un nombre relativement réduit d'empêchements à mariage. Toutefois, tous ces types d'empêchements ont la même conséquence : en cas de célébration d'un mariage allant à l'encontre d'un des empêchements présentés, l'union pourra faire l'objet d'une action en nullité absolue, action ouverte à tous ceux qui y auraient intérêt et soumise à la prescription trentenaire. Par ailleurs, si un ascendant ou le Ministère Public a connaissance de la future célébration d'un mariage incestueux, il pourra former une action en opposition à celui-ci, qui, si elle s'avère fondée, interdira la célébration du mariage. Ces conséquences envisagées, il s'agit désormais de présenter plus précisément les empêchements à mariage du droit français, en distinguant schématiquement les empêchements à mariage classiques (§1) des empêchements à mariage liés à l'adoption (§2). Dans les deux cas, l'état du droit positif méritera certaines remarques.

§1 : Les empêchements à mariage classiques

En apparence, présenter les empêchements à mariage classiques peut apparaître relativement simple (A) ; toutefois, ceux-ci laissent certaines interrogations en suspens, notamment en ce qui concerne leur effectivité et les possibilités d'évolution en la matière (B).

A) Présentation

En ce qui concerne les empêchements à mariage, les principaux se trouvent dans le titre du Code relatif au mariage, et plus particulièrement dans le chapitre consacré aux « qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » ; ce sont les empêchements à mariages classiques. L'article 161 dispose en effet qu'« en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne », tandis que l'article 162 explique qu'« en ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur ». Il s'agit ici de ce que le doyen Carbonnier appelait la « zone d'horreur », la

zone d'inceste absolu : dans le cercle étroit de la famille, le mariage est prohibé sans qu'aucune disposition ne vienne assouplir l'interdiction. On peut remarquer ici que l'interdiction en ligne directe n'est pas limitée dans les degrés, et qu'elle concerne également l'alliance créée par le mariage. Quant à l'article 163, il concerne comme l'article 162 l'union matrimoniale entre collatéraux, et interdit celle-ci entre « l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ».

Toutefois, malgré la fermeté de ces interdictions – les « sabres »²⁸ dont parlait le doyen Cornu – l'article 164 prévoit deux possibilités de dispenses : le Président de la République peut en effet en cas de « causes graves » (cette expression visant généralement le cas de la naissance d'un enfant) autoriser certains couples dont l'union est considérée comme incestueuse à se marier. Sont concernés ici ce que l'on appelle les cas d'inceste relatif, c'est-à-dire d'un côté les unions entre oncle et nièce, tante et neveu, et de l'autre les unions entre alliés en ligne directe, pour lesquelles une dispense peut être accordée uniquement « lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ». On note ici que la dissolution d'un mariage par divorce n'est pas considérée comme un motif valable d'obtention de dispense – ce qui atteste du rôle de la prohibition de l'inceste comme facteur contribuant à la paix familiale et à la cohérence du droit de la famille. On peut également souligner que la décision du Président de la République refusant d'accorder une dispense peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions civiles, lesquelles vont alors apprécier l'existence de la cause grave dont parle l'article 164 du Code civil²⁹.

B) Appréciation

Des développements précédents, deux remarques peuvent être faites : tout d'abord, il est évident que les possibilités de dispenses témoignent de l'évolution du droit dans un sens libéral quant à l'appréhension de l'institution de l'inceste – ces dispenses datant respectivement des lois du 1^{er} juillet 1914 et du 10 mars 1938. Mais elles soulèvent également une autre question : le doyen Batteur considère en effet que de telles dispenses introduiraient l'idée que « des demi-mesures sont possibles », ce qui ébranlerait « la valeur de la prohibition légale »³⁰. Le législateur manquerait-il en la matière de fermeté ?

²⁸ G. Cornu, *Droit civil - La famille, op. cit.*, p. 303

²⁹ Paris, 3 avril 2008, W. c/ Min. publ. : JurisData n°2008-359947, *Dr. famille* n°6, juin 2008, comm. 81, note V. Larribau-Terneyre

³⁰ A. Batteur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

Par ailleurs, en ce qui concerne la prohibition du mariage pour des raisons d'alliance, la question va se poser de la conformité du droit français à la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci, dans un arrêt « B. L. c/ Royaume-Uni » du 13 septembre 2005³¹, a en effet condamné la législation britannique qui prévoyait, tout comme la législation française, la prohibition du mariage entre beaux-parents et gendre ou belle-fille. En se fondant sur l'article 12 de la Convention qui consacre l'existence d'un droit au mariage, la Cour Européenne va qualifier d'excessive l'atteinte portée à ce droit par l'empêchement à mariage existant entre une belle-fille et son beau-père, tous deux divorcés. Cette décision peut témoigner, comme l'ont écrit certains auteurs, d'une « érosion de l'ordre public matrimonial », et d'une « fragilisation de l'ordre public familial »³² ; il nous semble surtout qu'elle atteste de l'acuité de la question d'une possible réforme du droit français en la matière, ce que nous étudierons plus tard. Il s'agit pour l'instant de s'intéresser à la deuxième catégorie d'empêchements à mariage, ceux mis en place par l'établissement d'un lien de filiation adoptive.

§2 : Les empêchements à mariage fondés sur l'adoption

Il s'agit ici, comme précédemment, d'envisager brièvement la teneur de ces empêchements à mariage (A), puis d'apprécier leur portée (B).

A) Présentation

Outre les empêchements à mariage dits classiques, les articles 356 et 366 du Code civil s'intéressent aux empêchements à mariage en cas d'adoption, plénière ou simple. Les unions en cas d'adoption sont prohibées à travers ce que l'on a appelé une « gestion bidimensionnelle de l'inceste »³³, c'est-à-dire que des prohibitions vont être édictées tant avec la famille d'origine (fondée sur la parenté biologique) qu'avec la famille adoptive (fondée sur la parenté juridique). L'article 356 du Code relatif à l'adoption plénière renvoie aux empêchements à mariage des articles 161 à 164 ; quant à l'article 366, il édicte des prohibitions un peu plus complexes tant avec la famille de l'adopté qu'avec la famille de

³¹ CEDH, 13 septembre 2005, n°36536/02, B.L. c/ Royaume-Uni : www.e-chr.coe.int ; *Dr. famille* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *D.* 2006, pan. p. 1418, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *JCP G* 2006, I, 109, n°11, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2006, p. 735, obs. J.-P. Marguénaud et p. 758, obs. J. Hauser

³² A. Gouttenoire et M. Lamarche, note préc., *Dr. famille* 2005, comm. 234

³³ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, op. cit, p. 168

l'adoptant, mais qui peuvent également faire l'objet de dispenses, comme dans les empêchements à mariage classiques.

B) Appréciation

Malgré l'édiction de ces règles qui témoignent de la volonté du législateur de consacrer à la prohibition de l'inceste une place importante dans le droit de la famille, il reste que l'application effective de ces règles peut apparaître problématique. Comme le souligne en effet le doyen Bateur, en cas d'adoption plénière, les liens avec la famille biologique d'origine sont rompus et par conséquent n'apparaissent plus dans aucun acte officiel d'état civil. Pour un officier d'état civil confronté à une demande en mariage d'une personne adoptée plénièrement avec un membre de sa famille par le sang, il n'y aurait donc aucun moyen de connaître le caractère incestueux de cette union. Encore une fois, le législateur semble indécis en matière d'inceste, et ne semble pas se préoccuper des applications concrètes des textes qu'il a mis en place.

On le voit donc, le droit refuse en apparence à l'inceste un quelconque accès à l'institutionnalisation. Néanmoins, ce refus semble dans une certaine mesure manquer de fermeté, comme si le législateur s'était contenté d'une réglementation *a minima* en matière d'inceste: obligé d'édicter la prohibition de l'inceste, il se trouble quand il s'agit de faire respecter effectivement celle-ci. Un exemple de cette confusion peut se trouver dans la prohibition de l'inceste qui est faite dans le pacte civil de solidarité ; l'article 515-2 du Code civil édicte en effet les mêmes empêchements à union que ceux édictés pour le mariage. Or, si l'on considère que l'interdit de l'inceste se fonde sur une volonté de faire respecter l'institution de la famille, cela signifierait que le pacs aurait à la fois une dimension institutionnelle et une dimension familiale – deux aspects que le législateur s'est toujours refusé à consacrer. L'article 515-2 témoigne donc bien de la faiblesse de la réflexion du législateur en matière des fondements de la prohibition de l'inceste.

Mais cette prohibition ne se retrouve pas qu'en matière d'unions ; le second versant de l'appréhension par le droit de l'inceste en droit civil se trouve en effet dans le refus du législateur d'officialiser les effets de celui-ci.

Section 2 : Le refus d'officialiser les effets de l'inceste - l'interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse

Au-delà du refus de consacrer l'union juridique incestueuse, le droit français appréhende l'inceste en ce qu'il va essayer de maintenir le secret de ses effets. Cette orientation du droit va se retrouver dans les règles relatives à la filiation de l'enfant incestueux ; l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste va être refusé par la loi. Interdiction en apparence incontournable (§1), elle connaît cependant des limites (§2).

§1 : Principe

L'interdiction de l'établissement du double lien de filiation d'un enfant incestueux se trouve posée clairement par l'article 310-2 du Code civil, dont la rédaction actuelle est la conséquence d'une jurisprudence relativement récente (A) ; l'opportunité d'un tel article se devra cependant d'être questionnée (B).

A) Présentation

Il s'agit ici d'étudier les situations où une relation sexuelle incestueuse a d'ores et déjà donné lieu à la naissance d'un enfant. Dans ce cas, l'article 310-2 du Code civil, situé dans le chapitre « Dispositions générales » du titre sur la filiation, est très clair : « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». En effet, il est vrai que si l'on permettait l'établissement de la double filiation incestueuse, « l'admission officielle d'un tel désordre familial semblerait d'abord indirectement légitimer l'union dont l'enfant est issu, tant il est vrai que l'institution de l'état civil est à forte charge symbolique : et une telle légitimation ébranlerait l'ordre social, fortement lié [...] à l'interdit matrimonial. En outre la paix familiale risquerait d'être troublée, en fait, par l'affirmation "publique" de la violation en son sein d'un tel interdit »³⁴.

La justification de cet article se comprend donc aisément ; sa rédaction actuelle est quant à elle issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005. L'ancien article 334-10 du Code disposait

³⁴ D. Fenouillet, obs. sous Rennes, 24 janvier 2000, *Dr. famille* n°11, novembre 2003, chron. 29

en effet simplement que « s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre ». Or, cet article a donné lieu à une jurisprudence abondamment commentée, qui concernait la possibilité pour le géniteur d'un enfant issu d'une union incestueuse d'utiliser l'institution de l'adoption simple afin de faire établir le double lien de filiation de ce dernier.

La situation qui avait donné lieu à une décision de la Cour de cassation était la suivante : d'une union incestueuse entre une femme et son demi-frère naît une fille, que sa mère reconnaît immédiatement. Son père (et donc également son oncle) tente d'effectuer lui aussi une reconnaissance, afin que la parenté biologique incestueuse de l'enfant soit reconnue juridiquement. Cette reconnaissance est annulée, mais quelques années plus tard, ce père incestueux tente une nouvelle fois de faire établir son lien de filiation avec sa fille, en déposant une demande en adoption simple. Refusée en première instance, cette demande est toutefois acceptée par la Cour d'appel de Rennes³⁵. Celle-ci, après expertise psychologique relative à l'intérêt de l'enfant, considère d'abord en effet que l'article 334-10 ne concerne que l'établissement de la filiation par reconnaissance, et non celle par adoption simple (puisque l'ancien article 334-10 se trouvait dans la première section du chapitre III du Code consacré à la filiation naturelle). Puis, elle constate que « la loi n'interdit pas l'adoption de son propre enfant », pour conclure que « l'adoption d'un enfant par le frère de sa mère, serait-il le père biologique de l'enfant, ne se heurte à aucune interdiction légale » et prononcer l'adoption.

Cet arrêt d'appel a fait couler beaucoup d'encre, la plupart des auteurs désapprouvant le raisonnement de la Cour d'appel, laquelle aurait selon eux réalisé un détournement d'institution et cautionné une fraude à la loi en permettant l'établissement du double lien de filiation incestueux. La plupart de ces arguments sont entendus par la Cour de cassation : le 6 janvier 2004³⁶, elle rend ainsi un arrêt qui casse la décision d'appel pour violation de la loi, la requête en adoption contrevenant selon elle « aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu ». La Cour de cassation proclame donc le caractère impératif de l'article 334-

³⁵ Rennes, 24 janvier 2000, Juris-Data n°2000-110223 : *JCP G* 2000, IV, 2338 ; *D.* 2002. 2020, obs. F. Granet ; *RTD civ.* 2000, 819, obs. J. Hauser

³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004 : *Bull. civ. I.* n°2 ; *D.* 2004.362., conclusions J. Sainte-Rose, et p. 365, note Vigneau ; *Dr. famille* 2004, com. n°16, note D. Fenouillet ; *JCP G* 2004.I.109, n°2, note Rubellin-Devichi ; *AJ fam* n°2/2004, p.66, note Bicheron ; *RLDC* n°2/2004, p.37, ; *D.* 2004. IR. 185 ; *RLDC* mars 2004, n°107, p. 33, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *Les Petites Aff.*, 8 avril 2004, n°71, p. 13, note V. Voisin ; *D.* 2004 Som. 1419, Granet ; *Gaz. Pal.* 28 et 29 mai 2004, p. 6, note Massip ; *JCP G* 2004.II.10064, note C. Labrusse-Riou ; *Defrénois* n°08/04, p. 594, note Massip ; *RTD civ.* 2004, p. 75, note J. Hauser ; *RAJS JDJ* n°239, novembre 2004, p. 13, J.-L. Ronge, *RRJ* n°2004/4, p. 2637, obs. E. Debily

10, sans évoquer la fraude à la loi ou le détournement d'institution. C'est cette jurisprudence, approuvée par la doctrine, qui fut consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, laquelle va introduire un nouvel article 310-2 disposant clairement l'interdiction de l'établissement d'un double lien de filiation incestueux « par quelque moyen que ce soit ».

B) Appréciation

Bien qu'elle fasse l'objet d'un relatif consensus doctrinal, cette interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse n'en soulève pas moins certaines interrogations relatives à la situation de l'enfant incestueux, lequel va nécessairement être discriminé par l'état unilinéaire de sa filiation. Il ne pourra en aucune manière faire reconnaître sa filiation complète même s'il le souhaite et sera dès lors privé des intérêts patrimoniaux et successoraux attachés à son statut. En effet, il ne pourra venir prioritairement à la succession que du seul géniteur biologique inscrit sur son état civil ; il pourra certes venir à la succession de son autre géniteur par le biais de leur lien familial autre, mais ce type de successibilité lui sera forcément moins favorable.

Cette différence de statut de l'enfant incestueux soulève des difficultés au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, et tout particulièrement par rapport aux articles 8 et 14 de celle-ci. En effet, tandis que l'article 14 condamne toute discrimination, l'article 8 assure le droit à une vie familiale normale - ce qui signifie selon la Cour européenne que « lorsque l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance ou dès que réalisable par la suite l'intégration de l'enfant dans sa famille »³⁷. L'État peut toutefois être déchargé de cette obligation pour l'une des raisons énumérées au paragraphe 2 de l'article 8 – dans le cas du refus d'officialiser les effets de l'inceste, il s'agirait d'une raison liée « à la protection de la santé ou de la morale ». Mais il n'empêche que cette interdiction de l'établissement de la filiation bilinéaire de l'enfant incestueux reste une façon de différencier celui-ci, et la question se pose de savoir si une telle interdiction est proportionnée par rapport au but poursuivi ou si elle revêt les caractères de la discrimination. Il est donc possible de s'interroger quant à une évolution de la matière, évolution que nous envisagerons dans la partie de nos développements consacrée au droit prospectif.

³⁷ CEDH, 5 février 2003, Yousef c/ Pays-Bas : Rec. CEDH 2002, VIII, § 52

Le refus de d'officialiser les effets d'un inceste semble donc profondément ancré dans le droit français ; toutefois, des exceptions existent en la matière.

§2 : Exceptions

En effet, à cette règle de l'article 310-2 qui accentue le caractère secret de l'inceste, on peut opposer trois autres règles qui dans une certaine mesure vont à l'encontre de cette orientation législative : il s'agit de l'action à fins de subsides, ouverte à tous les enfants, même incestueux (A), de l'action civile de l'enfant incestueux né d'un viol (B), et surtout de la théorie du mariage putatif (C).

A) L'action à fins de subsides de l'enfant incestueux

Pour l'enfant incestueux, il existe une possibilité de former une action à fins de subsides contre son géniteur présumé, même lorsqu'une telle action aura pour conséquence de dévoiler l'inceste – le troisième alinéa de l'article 342 du Code civil prévoyant expressément cette possibilité³⁸. À cet égard, un auteur a pu parler d'« entorse à la règle du camouflage de l'inceste »³⁹ ; par ailleurs, il est notable de souligner que, selon l'article 342-7 du Code, si le juge estime légitime de faire droit à l'action à fins de subsides, seront alors créés des empêchements à mariage similaires à ceux créés en cas de véritable établissement de la filiation. Il est frappant de constater ici que l'inceste est envisagé à travers la simple « potentialité de lien génétique »⁴⁰ qui pourrait exister entre l'enfant et le parent de la femme soupçonné d'avoir entretenu avec elle des relations sexuelles durant la période de conception. Toutefois, comme en matière d'adoption plénière, la question se pose de la véritable effectivité d'une telle prohibition ; en effet, la recevabilité d'une action à fins de subsides ne débouche pas sur l'établissement officiel d'un véritable lien de filiation. Des unions incestueuses pourront donc en pratique être célébrées sans que l'officier d'état civil ait pu accéder aux informations relatives aux empêchements créés par un jugement octroyant des subsides. Ici encore, l'appréhension de l'inceste par le droit semble floue, et on ne peut

³⁸ « L'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code »

³⁹ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste » *D.* 1988, chron., p. 213

⁴⁰ D. Guével, « La famille incestueuse », *op. cit.*

qu'approuver le doyen Batteur lorsqu'elle constate que « pour le législateur la seule chose importante est que ne soit pas pris légalement le risque d'inceste »⁴¹.

B) L'action civile de l'enfant incestueux né d'un viol

Une seconde entorse à l'entretien par le législateur du caractère secret de l'inceste va apparaître lorsque la naissance d'un enfant est due à un viol. Dans un arrêt du 23 septembre 2010⁴², la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet consacré comme principe le fait que le préjudice moral de l'enfant issu d'un inceste devait être réparé par l'auteur du viol. En effet, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt, une femme avait subi de la part de son père des viols dont était né un enfant ; en première instance, le tribunal avait refusé une indemnisation de l'enfant, en se fondant visiblement sur le bris législatif de la jurisprudence Perruche puisqu'il relevait que l'enfant ne pouvait subir un préjudice du seul fait de sa naissance. Toutefois, la Cour d'appel d'Angers, suivie en cela par la Cour de cassation, va découvrir pour l'enfant un préjudice distinct de celui de sa naissance. L'enfant incestueux éprouvera en effet après sa naissance « un traumatisme lié à la connaissance qu'[il] aura des faits en grandissant, et aux difficultés qu'il rencontrera à se construire en raison de sa filiation incestueuse »⁴³ et il subira par là un préjudice.

Par cette décision, la Cour de cassation admet donc de tirer les conséquences d'un inceste en prenant en compte l'intérêt de l'enfant à obtenir réparation de son préjudice d'être un enfant incestueux. Il reste cependant à savoir si une telle jurisprudence pourrait s'appliquer en dehors des cas d'agressions sexuelles. En outre, comme le relève un auteur, cette jurisprudence semble entrer en contradiction avec l'esprit législatif ayant débouché sur le bris de la jurisprudence Perruche par la loi du 4 mars 2002 ; en effet, « ou l'on refuse par principe d'indemniser un préjudice étroitement lié à la naissance, ou bien l'on accepte de le faire, mais pour tous. Si l'enfant handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic ne pouvait certes naître qu'handicapé, il en est de même pour l'enfant incestueux, qui ne pouvait naître que dans ces circonstances dramatiques. Dans les deux cas, l'alternative est identique : naître avec un préjudice, ou ne pas naître »⁴⁴.

⁴¹ A. Batteur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

⁴² Crim. 23 sept. 2010, n° 09-84.108, *D.* 2010. 2365, obs. M. Léna, 2011. 35, obs. P. Brun et 124, chron. L. Lazerges-Cousquer ; *AJ pénal* 2011. 27, étude C. Ambroise-Castérot ; *RTD civ.* 2011. 132, obs. P. Jourdain

⁴³ Angers, 13 juin 2009

⁴⁴ A. Cayol, note sous Crim. 23 septembre 2010, *Les Petites Aff.* 30 décembre 2010, p. 9.

C) La théorie du mariage putatif

Une dernière limite à l'interdiction de l'établissement du double lien de filiation incestueux se retrouve à travers la théorie du mariage putatif. L'article 201 du Code civil prévoit en effet que « le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi », et l'article 202 envisage plus précisément la situation des enfants nés d'un mariage déclaré nul. Cet article dispose en effet que le mariage nul « produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi ». On comprend donc que cet article a vocation à s'appliquer dans le cas d'un mariage incestueux qui aurait eu lieu sans opposition préalable ; une action en nullité aurait été formée, et aurait débouché sur une annulation du mariage pour violation d'un empêchement fondamental. Or, dans ce cas, si des enfants sont nés de l'union incestueuse, ceux-ci pourront donc conserver leur double lien de filiation établi. Comme le constate le doyen Bateur, « que l'article 202 puisse s'appliquer au mariage entre proches parents comme à l'ensemble des autres mariages annulés est assez étonnant »⁴⁵. Didier Guével y voit de son côté un « encouragement à la fraude »⁴⁶ ; en effet selon lui, si des personnes apparentées arrivent à faire célébrer leur union par un officier d'état civil, ils obtiendront que leur enfant voie établie sa filiation bilinéaire – ce qui peut inciter à des comportements répréhensibles.

On le voit donc, la prohibition de l'inceste a en droit de la famille un véritable rôle en ce qu'il fonde l'institution de la famille en délimitant les contours de celle-ci et en évitant qu'elle ne soit trop bouleversée par la reconnaissance officielle de situations incestueuses. On remarque toutefois que le principe d'interdiction d'établissement du double lien de filiation et ses limites font l'objet de discussions. Par ailleurs, il semble que la loi parfois se contente d'édicter une prohibition sans s'intéresser réellement à son effectivité. Ce flou autour de l'inceste en droit civil se retrouve dans le constat que l'inceste est en fait appréhendé différemment selon les situations : comme le relève le professeur Corpart, « l'inceste, empêchement à mariage se définit plus largement que s'agissant de prohiber l'établissement d'une filiation incestueuse »⁴⁷. La question va désormais se poser de la façon dont est appréhendé l'inceste en droit pénal.

⁴⁵ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

⁴⁶ D. Guével, « La famille incestueuse », *op. cit.*

⁴⁷ I. Corpart, « L'inceste en droit français », *op. cit.*

TITRE 2 : L'inceste en droit pénal

En droit français, l'inceste n'est pas considéré par le droit pénal comme une infraction autonome. Si tel était le cas, cela signifierait que la seule constatation de relations charnelles incestueuses, même consenties, serait constitutive d'un crime ou d'un délit ; c'est le choix qu'ont adopté certaines législations, par exemple la législation canadienne. Le premier alinéa de l'article 155 du Code criminel canadien dispose en effet que « commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne » et le second alinéa prévoit que « quiconque commet un inceste est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de cinq ans si l'autre personne est âgée de moins de seize ans ». Les choses sont très différentes en France où nulle mention directe de l'inceste n'est effectuée dans le Code pénal, ce qui conduit le professeur Mayer à déclarer simplement que « la qualification d'inceste est ignorée du droit pénal »⁴⁸. Une loi récente du 8 février 2010 a toutefois tenté d'introduire la notion à travers le qualificatif « incestueux » institué dans les articles 222-31-1 et 227-27-2 du Code pénal, mais, ces articles ayant fait l'objet d'une abrogation, ils ne feront pas l'objet d'une étude dans cette partie des développements.

Malgré ce refus du législateur d'ériger l'inceste en infraction autonome, il apparaît que l'inceste va être appréhendé par le droit pénal dans deux cas particuliers : en premier lieu, le droit pénal va appréhender la relation incestueuse lorsque celle-ci sera entretenue avec un mineur – mais il ne s'agira que de situations bien particulières (Section 1). En second lieu, la relation incestueuse va être réprimée par le droit pénal toutes les fois où une personne n'a pas consenti à une telle relation, mais l'a subie dans le cadre d'une infraction sexuelle. L'inceste sera ici envisagé à travers la notion d'absence de consentement (Section 2).

Section 1 : La relation incestueuse avec un mineur

Il s'agit ici d'étudier l'inceste en droit pénal hors de toute référence à la notion de consentement. L'inceste va être ici appréhendé par le droit pour la seule raison que la relation incestueuse a lieu avec un mineur – peu importe que celui-ci ait ou non consenti. On peut

⁴⁸ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit.*

envisager dans cette optique deux types d'infractions : les atteintes sexuelles sans violence, pour lesquelles le défaut de consentement n'est pas un élément constitutif (§1), ainsi que le délit d'abandon moral d'enfant mineur, qui peut être caractérisé en matière d'inceste quand une personne a laissé des faits incestueux se produire sur son enfant mineur (§2).

§1 : L'inceste envisagé à travers les atteintes sexuelles sans violence

L'atteinte sexuelle sans violence peut se définir comme l'« atteinte volontaire à l'intégrité physique et psychique d'une personne de l'un ou autre sexe [...] commise sans violence »⁴⁹. Selon l'article 227-25, une telle atteinte qui s'effectue sans violence, contrainte, menace ni surprise n'est incriminée pénalement que lorsqu'elle est effectuée par un majeur sur un mineur de 15 ans. En cas de relation incestueuse entretenue entre un majeur et un mineur de 15 ans, le droit pénal interviendra donc et une telle relation sera réprimée pénalement. On peut toutefois noter que le caractère incestueux ou non des relations n'a aucune incidence sur la répression – mais l'inceste entrera en pratique dans le champ d'appréhension du droit pénal.

Les choses sont toutefois différentes lorsqu'il s'agit d'un mineur de plus de 15 ans. En effet, le Code pénal ne peut incriminer les relations sexuelles entre un majeur et une personne dont l'âge est situé entre 15 et 18 ans, conformément au respect du principe de liberté sexuelle. Toutefois, de telles relations sont dans un cas particulier appréhendées par le droit pénal et donc réprimées : l'article 227-27 dispose en effet que « les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Dans ce cas là, on remarque que « le lien de parenté joue un rôle beaucoup plus important, puisque c'est lui qui rend punissable un acte qui, en règle générale, ne l'est pas, parce que les deux partenaires sont censés avoir agi librement »⁵⁰. On peut par ailleurs souligner que cette version de l'incrimination ne date que d'une loi de 1980 ; avant cela, une loi de 1863 n'incriminait l'atteinte sexuelle sur un mineur de plus de 15 ans uniquement si celle-ci était le fait d'un ascendant légitime, naturel ou adoptif. Dès lors, Marie-Laure Rassat estimait que par cet ancien article 331, « on avait voulu, en réalité, réprimer l'inceste et le délit était d'ailleurs caractérisé même quand il était établi que la

⁴⁹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° Sexuel, elle (atteinte)

⁵⁰ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit.*

"victime" s'était prêtée volontairement aux actes impudiques ou même les avait provoqués »⁵¹.

Dans le cas de l'article 227-27, le caractère incestueux de la relation est donc bien un élément constitutif de l'infraction, ce qui distingue celle-ci de l'infraction de l'article 227-25. Toutefois, ces deux articles ont en commun d'attester de l'appréhension par le droit pénal du phénomène de l'inceste. Cette appréhension a aussi lieu dans un cas un peu plus particulier, celui de l'infraction d'abandon moral de l'enfant mineur.

§2 : L'inceste envisagé à travers l'abandon moral d'enfant mineur

Quand on envisage l'inceste en droit pénal, on peine à imaginer cette notion en dehors du cadre des infractions sexuelles. Il est vrai ce sont majoritairement les infractions sexuelles qui sont concernées, mais l'inceste peut également être appréhendé en droit pénal à travers l'article 227-17 du Code pénal, lequel incrimine l'abandon moral d'enfant mineur. Cet article dispose en effet que « le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». Située dans la section intitulée « De la mise en péril des mineurs », cette qualification va pouvoir être retenue pour le cas d'un parent qui connaît l'existence de faits incestueux commis sur son enfant mineur et qui ne fait rien pour agir. Dans un arrêt du 28 mars 1997⁵², la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon avait par exemple retenu cette qualification dans une affaire où une mineure avait été abusée sexuellement par son père, alors que la mère connaissait la situation – et parfois même assistait aux abus. Pour cette mère, l'incrimination de l'article 227-17 s'imposait plutôt que de la désigner comme complice de son mari ; selon le Professeur Mayaud, ce choix de qualification ne peut être qu'approuvé « et pour ce que la complicité suppose d'effectivité en cas d'omission, et pour ce que l'inceste représente de péril pour les mineurs qui y sont physiquement ou moralement confrontés »⁵³.

Outre cette appréhension de l'inceste à travers la relation incestueuse entretenue par un majeur avec un mineur, le droit pénal envisage et réprime la relation incestueuse lorsqu'elle celle-ci n'est pas consentie, c'est-à-dire lorsqu'elle est imposée par une personne à une autre.

⁵¹ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 6^e éd., 2011, p. 670-671

⁵² Lyon, 28 mars 1997, *RSC* 1997, p. 636, obs. Y. Mayaud.

⁵³ Y. Mayaud, obs. sous Lyon, 28 mars 1997, *RSC* 1997, p. 636.

Les développements sur la question feront surgir la délicate question du consentement en droit français.

Section 2 : La relation incestueuse non consentie

Il s'agit ici de s'intéresser uniquement aux infractions sexuelles nécessitant une absence de consentement de la victime, c'est-à-dire les agressions sexuelles, pour lesquelles l'article 222-22 dispose que « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». Le caractère incestueux de ces agressions sexuelles peut être appréhendé de deux façons en droit pénal français ; dans un premier temps, on constatera rapidement que celui-ci pourra être pris en compte en tant que circonstance aggravante (§1). Mais surtout, on verra que l'inceste pourra jouer un rôle dans la caractérisation de l'absence de consentement, élément qui doit nécessairement être constaté par les juges pour pouvoir retenir la qualification d'agression sexuelle (§2).

§1 : Le caractère incestueux d'un acte sexuel non consenti envisagé en tant que circonstance aggravante

Il s'agit de constater que l'inceste va être pris en compte pour aggraver la répression en cas d'agression sexuelle constatée. Ici, l'inceste constituera une circonstance aggravante, c'est-à-dire un « fait dont la survenance liée à la commission d'une infraction augmente la peine dont est passible son auteur »⁵⁴. Pour le viol, l'article 222-24 du Code pénal dispose que celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle (au lieu de dix dans le cas d'un viol simple) « lorsqu'il est commis par un ascendant par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Pour les autres agressions sexuelles, on distingue celles commises sur un mineur de 15 ans et les autres ; pour les premières, c'est l'article 222-30 qui augmente la répression, en la faisant passer de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque de telles agressions sont commises « par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Pour les secondes, l'article 222-28 du Code Pénal prévoit une réclusion criminelle d'une durée de sept ans et 100 000 euros d'amende en cas de commission de l'agression par un ascendant ou toute personne ayant autorité sur la victime, au lieu de cinq

⁵⁴ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, op. cit., V° Circonstances (- aggravantes)

ans de réclusion et 75 000 euros d'amende quand le caractère incestueux de l'agression n'existe pas.

Le caractère incestueux de la relation sexuelle non consentie est donc bien pris en compte par le droit pénal : l'auteur de l'acte sexuel doit être soit un ascendant (ce qui est clair), soit une personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. Cette expression peut donc viser tous les autres membres de la famille ; simplement, leur autorité sur la victime devra être prouvée, tandis qu'elle est présumée dans le cas de l'ascendant. Comme le remarque Danièle Mayer, « la parenté en ligne directe est considérée comme une présomption irréfragable d'abus d'autorité. Au contraire, s'agissant des collatéraux, la parenté est insuffisante à entraîner l'application des textes [sur les infractions sexuelles] »⁵⁵.

Mais l'appréhension en tant que circonstance aggravante n'est pas la seule façon dont le droit pénal envisage l'inceste ; le caractère incestueux d'une agression sexuelle peut en effet avoir un autre rôle à jouer, en ce qu'il peut influencer sur le consentement d'une personne à qui on impose un acte sexuel incestueux.

§2 : Le caractère incestueux d'un acte sexuel non consenti envisagé à travers l'absence de consentement de la victime

En droit pénal français, un acte sexuel non consenti est bien évidemment réprimé et incriminé comme une agression sexuelle (plus particulièrement comme un viol lorsqu'il y a pénétration). Or, pour réaliser cette incrimination, on a vu que l'article 222-22 du Code pénal imposait d'apporter la preuve de l'absence de consentement de la victime, absence qui peut être caractérisée à travers les différents comportements que sont les violences, les menaces, la contrainte ou la surprise.

Il est intéressant de souligner qu'en la matière le droit pénal français, contrairement à la majorité des législations européennes, ne connaît pas de présomption légale d'absence de consentement fondée sur le jeune âge de la victime. En Belgique, l'article 375 du Code pénal dispose par exemple qu'« est réputé viol à l'aide de violences tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis ». Il s'agit donc d'une

⁵⁵ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit.*

présomption irréfragable de viol lorsqu'un acte de pénétration a lieu sur un mineur de moins de quatorze ans : nul besoin de prouver qu'il n'a pas consenti à l'acte. Comme le remarque toutefois le professeur Guéry « cette législation pose de sérieuses questions sur la liberté sexuelle des adolescents. [...] Car si l'on présume irréfragablement l'absence de consentement, on dénie aussi toute liberté sexuelle à la personne, et sans doute plus encore aux jeunes filles qu'aux jeunes garçons »⁵⁶.

C'est ainsi que la législation française a pris le parti de ne pas poser de présomption d'absence de consentement ; confronté à une accusation d'agression sexuelle, le juge devra donc établir l'absence de consentement de la victime pour prononcer l'incrimination, c'est-à-dire qu'il faudra que soit prouvée l'utilisation par le prétendu agresseur de violences, de menaces, de la contrainte ou de la surprise. Et, en matière d'agression sexuelle incestueuse, cette absence de consentement ne peut simplement découler de la qualité d'ascendant de l'auteur de l'acte, celle-ci constituant, comme on l'a vu précédemment, une simple circonstance aggravante. Or, une circonstance aggravante ne peut constituer en elle-même un élément constitutif suffisant. C'est ainsi que dans un arrêt du 27 avril 1994, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que « la circonstance aggravante personnelle d'autorité est distincte de la contrainte, la violence et la surprise, éléments constitutifs des infractions de viol et d'attentat à la pudeur »⁵⁷. La seule exception qui a récemment été acceptée par la jurisprudence existe en présence de très jeunes enfants : le 7 décembre 2005, la Chambre criminelle a en effet considéré que justifiait sa décision une Cour d'appel qui, pour déclarer un prévenu coupable d'agression sexuelle sur trois enfants âgés d'un an et demi à cinq ans, avait énoncé que l'absence de consentement de la victime résultait de leur très jeune âge⁵⁸. Dans ce cas, il semble que la circonstance aggravante de minorité soit dans une certaine mesure utilisée pour caractériser l'infraction.

Cependant, une telle jurisprudence n'a pas été reprise pour l'inceste et dans le cas d'une relation sexuelle incestueuse, le juge ne peut simplement constater la qualité d'ascendant de l'auteur des actes sexuels pour en déduire l'absence de consentement et donc l'existence d'une agression sexuelle. Or, il sera parfois difficile lorsque une relation sexuelle incestueuse a lieu avec un mineur de prouver l'absence de consentement de celui-ci. Lorsqu'il y a eu des violences ou des menaces, il y a certes peu de difficultés à prouver l'absence de consentement. Quant à la surprise, elle se caractérise par un acte isolé altérant la capacité de

⁵⁶ C. Guéry, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *op. cit.*

⁵⁷ Cass. crim. 27 avril 1994, Bull. crim. n°154

⁵⁸ Cass. crim., 7 décembre 2005, B. n°326, *D.* 2006, p. 1655, note Garé, *Dr. pénal* 2006, n°34, obs. M. Véron ; *Dr. famille*, 2006, n°70, obs. B. de Lamy

consentir de la personne ; c'est ce qui est donc retenu quand sont concernés de très jeunes enfants ou quand il est question d'un état physique ou mental. Mais dans le cas d'un mineur un peu moins jeune ou si la relation incestueuse a duré de nombreuses années, la surprise ne pourra être retenue pour caractériser l'absence de consentement. Ces trois comportements (violences, menaces et surprise) ne pourront donc en règle générale être retenus par le juge pour caractériser l'absence de consentement dans le cadre d'une agression sexuelle incestueuse : en effet, « le parent n'a pas besoin de se montrer violent avec l'enfant. Les menaces sont souvent postérieures à l'acte et donc inopérantes [...], et la surprise insuffisante pour rendre compte de la pérennité du phénomène »⁵⁹. Comme le relève Madame Glandier-Lescure, « l'inceste est un crime particulier en raison des stratagèmes mis en place par l'agresseur pour réduire à néant la vigilance de sa victime »⁶⁰, et ces stratagèmes sont généralement insuffisants pour caractériser la violence, les menaces ou la surprise.

Il reste alors la contrainte ; depuis la loi du 8 février 2010, la contrainte n'est pas nécessairement physique, le nouvel article 222-22-1 du Code pénal disposant que « la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Dès lors, la notion de contrainte pourrait permettre de caractériser l'absence de consentement dans l'hypothèse d'une relation sexuelle incestueuse.

On le voit donc, l'inceste peut être réprimé en droit pénal à travers la notion d'absence de consentement. La qualité d'ascendant de l'auteur d'actes sexuels sur un mineur ne suffit pas en elle-même à caractériser l'absence de consentement, mais elle peut participer à son établissement via la notion de contrainte morale, récemment introduite dans le Code pénal. Et les relations sexuelles intrafamiliales peuvent également être appréhendées à travers l'expression « toute personne ayant autorité sur la personne ».

Ce constat fait, un auteur relève ici un paradoxe quant à la différence de traitement entre le mineur de 15 ans abusé sexuellement qui devra prouver son absence de consentement même si l'auteur des actes est un ascendant et celui de plus de 15 ans qui n'aura pas à prouver son absence de consentement si l'acte sexuel est commis par un ascendant – l'acte étant automatiquement réprimé via l'article 227-27 du Code pénal⁶¹. Il nous semble qu'il n'y a en réalité pas de raison de souligner un tel paradoxe, puisque l'infraction d'atteinte sexuelle sans

⁵⁹ C. Guéry, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *op. cit.*

⁶⁰ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, *op. cit.*, p. 259

⁶¹ C. Guéry, *L'inceste : étude de droit pénal comparé*, *op. cit.*

violence sur mineur de 15 ans pourra elle aussi être réprimée sans avoir besoin de prouver l'absence de consentement - tandis que si l'on veut prouver l'existence d'une agression sexuelle sur mineur de plus de 15 ans, il faudra bien prouver l'absence de consentement. Ce ne sont donc pas la même catégorie d'infractions qui sont mises sur le même plan, ce qui rend inopérante toute comparaison de situations.

Ainsi, l'inceste n'est pas réprimé en tant qu'infraction autonome ; de fait, les relations sexuelles incestueuses consenties sont tolérées par le droit pénal. Par ailleurs est relevé généralement « le difficile accès des affaires d'inceste au champ judiciaire pénal »⁶², en raison de la honte que peut éprouver une personne à qui une relation sexuelle incestueuse a été imposée. Dans la pratique donc, de nombreuses affaires d'inceste vont rester hors du champ du droit pénal, lequel n'a d'ailleurs pas mis en place de protection particulière en procédure pénale pour la personne qui serait victime de faits incestueux. Cette tolérance du droit pénal nous semble témoigner d'une certaine insouciance en la matière – ce qui nous étudierons ci-dessous.

En droit civil comme en droit pénal, on voit donc que l'inceste est appréhendé par le droit, certes, mais cette appréhension reste indirecte et soulève donc des questions. En droit civil, le législateur refuse en apparence d'officialiser l'inceste et ses effets, mais on a vu toutes les nuances qui entouraient la mise en œuvre des textes. Quant au droit pénal, l'inceste n'y est envisagé que de façon détournée, à travers la minorité de la victime ou la notion d'absence de consentement. Ces constatations nous mènent donc vers une nouvelle réflexion sur la place de l'inceste en droit : l'inceste semble être pris en compte par le législateur et la jurisprudence, mais cette appréhension reste entourée d'un flou qui laisse à penser que le phénomène incestueux est en réalité ignoré par le droit.

PARTIE 2 : L'INCESTE IGNORÉ PAR LE DROIT

Il s'agit ici de constater que, comme on l'a vu en introduction, les fondements de l'interdit de l'inceste restent flous en droit, ce dernier ne peut appréhender de façon

⁶² N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, op. cit., p. 261

satisfaisante l'inceste. Puisque le juriste connaît mal la notion et les justifications de sa prohibition, l'inceste reste dans bien des situations ignoré du droit. Cette ignorance est même une insouciance, tant elle semble parfois soulever des problématiques particulières (Titre 1) ; dès lors, la question d'une évolution du droit en faveur d'une meilleure prise en compte de l'inceste en droit va se poser avec une particulière acuité (Titre 2).

TITRE 1 : L' « insouciance »⁶³ du droit en matière d'inceste

Selon le doyen Bateur, un exemple flagrant de cette insouciance du droit en matière d'inceste se trouverait en matière de procréation médicalement assistée. Selon elle, « le secret qui entoure le mode de conception de l'enfant [...] peut conduire à la création de situations incestueuses : une femme peut être inséminée avec le sperme d'un membre de la famille de son mari ou de son compagnon, voire d'un parent par le sang » ; par conséquent, pour elle, « s'agissant de l'enfant né par PMA, la réglementation actuelle qui fait fi des risques d'inceste est inacceptable »⁶⁴. Il nous semble cependant qu'une telle analyse n'est pas complètement justifiée ; considérer que l'anonymat qui entoure la PMA peut créer un risque d'inceste revient à confondre inceste et consanguinité. Un risque de consanguinité existe dans le cas de la PMA, mais l'inceste, même s'il peut l'englober, ne se réduit pas à la notion de consanguinité. Dans le cas de l'inceste, tant que le secret perdure, la famille n'est pas désorganisée, le risque social est donc réduit à néant - on peut d'ailleurs penser à Œdipe, qui ne se crève les yeux qu'après avoir appris le caractère incestueux de son union. Comme le relève le professeur Guével, dans le cas de la PMA, « nul trouble psychologique ou social n'est à redouter tant que l'origine des gamètes n'est pas révélée »⁶⁵.

Pour nous, l'insouciance du droit en matière d'inceste s'exprime en fait de deux façons, l'une pratique et l'autre théorique. En pratique, cette insouciance du droit s'exprime dans le fait que le droit civil ne prend pas suffisamment en compte le phénomène de l'inceste et laisse dès lors s'installer des risques d'inceste tout à fait préoccupants (Section 1), et en théorie, elle se manifeste par la façon dont le droit utilise parfois le terme « inceste », particulièrement en matière pénale, pour désigner de façon imprécise des situations qui en réalité n'ont rien d'incestueuses (Section 2).

⁶³ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

⁶⁴ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

⁶⁵ D. Guével, « La famille incestueuse », *op. cit.*

Section 1 : La tolérance du droit civil face à certaines situations incestueuses

La tolérance du droit civil face à l'inceste s'exprime de deux façons différentes : à travers l'appréhension de la situation de fait qu'est le concubinage incestueux (§1) et surtout à travers la question des adoptions atypiques (§2).

§1 : La question du concubinage incestueux

En droit civil, la situation apparaît comme complexe. On l'a vu, le droit refuse l'accès à l'institutionnalisation des situations incestueuses ; un couple incestueux ne peut se marier, conclure un pacte civil de solidarité et ne pourra avoir d'enfant dont la filiation sera « normale » (soit bilinéaire). Cependant, rien n'est prévu dans les textes en matière de situations incestueuses de fait ; un couple incestueux peut dès lors vivre en concubinage et entretenir une relation de couple stable et connue de tous – le concubinage étant défini par l'article 515-8 du Code civil comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». On peut remarquer qu'au regard des situations de fait, la situation diffère de la législation italienne, laquelle prévoit que le fait d'inceste reste hors du droit uniquement tant qu'il ne déclenche pas de scandale public. Une fois révélé, un couple incestueux sera donc pris en compte et réprimé par le droit italien. Ce n'est pas le cas en France. Tant que le couple incestueux français ne demande pas sa reconnaissance par le droit, peu importe qu'il soit visible de tous : en effet, « le droit civil ne peut saisir le fait de la relation sexuelle incestueuse. Le rapprochement des corps relève de l'intimité, de la sphère privée et de la liberté sexuelle »⁶⁶.

Mais ce n'est pas tout ; le droit peut tolérer le concubinage incestueux, mais il peut même, si certaines conditions sont remplies, lui accorder des effets de droit. Des conséquences juridiques s'attachent en effet au concubinage qui remplit les conditions de l'article 515-8 du Code civil, comme la poursuite du bail en cas de décès du concubin. La tolérance du droit peut aussi concerner l'autorité parentale. Dans un arrêt du 16 décembre 2003⁶⁷, la Cour d'appel de Riom a ainsi considéré qu'un couple incestueux pouvait conserver la garde de son enfant, comme tout couple parental non incestueux. Dans l'espèce, l'enfant avait fait l'objet d'un placement en dehors de son milieu familial, placement qui avait été

⁶⁶ N. Glandier Lescure, *L'inceste en Droit français contemporain*, *op. cit.*, p. 342

⁶⁷ Riom, 16 décembre 2003 : RG n°03/0020 ; *AJ fam.* 2004, p. 280, note F. Bicheron

contesté par les parents. En appel, la Cour fait droit à la demande des parents et ordonne la mainlevée du placement, en constatant que « ne subsiste en l'état, que le reproche latent fait aux parents de se maintenir dans une vie conjugale anormale et de procréer au mépris de certains risques sanitaires pour leur progéniture ; que ce reproche n'est pas du ressort de l'article 375 du code civil, que notamment, si la filiation incestueuse n'est pas du tout un exemple structurant pour [l'enfant], elle n'est rangée ni par la loi ni par la jurisprudence parmi les causes objectives et incontestables de danger pour les mineurs ». Ainsi, la jurisprudence reconnaît ici l'existence et la matérialité du couple incestueux et admet que celui-ci puisse élever ses enfants.

§2 : La question épineuse des adoptions atypiques

Par l'expression « adoption atypique », on désigne ici deux types de demandes d'adoptions qui parviennent parfois devant les tribunaux : il s'agit des adoptions dites « intrafamiliales » (A), et des adoptions entre partenaires sexuels (B). Ces deux types d'adoptions font parfois l'objet d'un traitement contestable au regard de la notion d'inceste.

A) Les adoptions intrafamiliales

Un cas dans lequel la tolérance et l'insouciance du droit sont particulièrement marquées est celui des adoptions intrafamiliales. Une adoption intrafamiliale désigne la situation où un lien de filiation adoptive va être juridiquement créé entre deux personnes déjà liées par un lien de parenté ou d'alliance. De telles adoptions ne sont pas interdites par le droit ; historiquement, elles étaient pratiquées assez régulièrement, consacrant par exemple la prise en charge par le frère aîné du reste de la fratrie, après la mort des parents. L'adoption intrafamiliale pouvait également jouer un rôle en matière de succession.

Cependant, comme le remarque le professeur Fenouillet, qui s'inscrit en cela dans la ligne majoritaire de la doctrine, « une telle adoption est pourtant tout, sauf anodine »⁶⁸. Selon elle, l'adoption intrafamiliale « conduit à une situation qualifiée d'inceste "légal" en doctrine en ce qu'elle tend à établir entre des proches parents qui n'ont pas le droit de se marier un lien de couple parental »⁶⁹.

⁶⁸ D. Fenouillet, obs. préc. sous Rennes, 22 janvier 2001.

⁶⁹ D. Fenouillet, obs. préc. sous Rennes, 22 janvier 2001.

Un exemple peut en être donné avec un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 21 janvier 1998⁷⁰ : dans cette espèce, un grand-père avait demandé à adopter son petit-fils. La Cour d'appel rejette la demande, en arguant des conséquences néfastes pour l'enfant de l'établissement légal d'une situation incestueuse – le grand-père se serait en effet retrouvé père de l'enfant aux côtés de sa fille. Mais les juges ne font pas tous preuve de la même sévérité. Le 10 février 1998, la Cour d'appel de Paris avait en effet fait droit à la demande d'adoption d'un frère par sa sœur, qu'elle avait élevé après la mort de leurs parents⁷¹. Dans ce cas, comme le remarque le doyen Bateur, « comment ne pas percevoir que derrière une telle demande, on réalise le fantasme de la fille à remplacer sa mère ? »⁷².

Il semble donc que les juges dans les faits ne prennent pas assez en compte les effets de l'inceste et les risques susceptibles d'être créés par le prononcé de telles adoptions. De tels risques existent et la Cour de cassation semble d'ailleurs en être consciente, ce qui rend son approche d'autant plus contestable. Par exemple, le 16 octobre 2001⁷³, elle refuse la demande d'adoption simple d'une grand-mère qui souhaitait adopter six de ses petits-enfants. En effet, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir considéré qu'une telle adoption « engendrerait une confusion des générations ». Et ce n'est pas le seul domaine dans lequel la jurisprudence semble faire preuve d'un certain laxisme.

B) L'adoption entre partenaires sexuels

Un autre exemple de la tolérance du droit envers certaines situations incestueuses réside dans le fait que les juges font parfois droit à des demandes d'adoption émanant de partenaires sexuels. Il s'agit du cas où le membre d'un couple de fait décide d'adopter l'autre, souvent pour des raisons successorales. Pour apprécier le bien-fondé de la demande, les juges peuvent se baser sur la persistance ou non de relations sexuelles : si celles-ci ont cessé, l'adoption pourra être prononcée. C'est ainsi que le 8 juin 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation a fait droit à la demande d'adoption d'un homme par son ancien partenaire sexuel en constatant « qu'il n'était pas établi que l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles ni même pour les favoriser ou les consacrer, que l'adoption avait été demandée par un homme, célibataire sans enfant, afin d'apporter à un

⁷⁰ Bordeaux, 21 janvier 1988, *D.* 1988, p. 454, note J. Hauser.

⁷¹ Paris, 10 février 1998, *D.* 1998.IR. 71, *JCP* 1998.II.1030, note C. Philippe ; *Dr. famille* 1998, n°83, note Murat ; *RTD civ.* 1998, p. 359, obs. J. Hauser.

⁷² A. Bateur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*

⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, n° 00-10.665, *D.* 2002. 1097, note F. Boulanger.

autre homme de condition très modeste, l'aide matérielle et sociale qu'aurait pu lui apporter un père »⁷⁴.

Au-delà de ces cas, les juges vont généralement se fonder sur les notions de détournement d'institution ou de fraude. Toutefois, dans un arrêt récent, la Cour de cassation montre que l'utilisation de ces notions reste assez limitée : il s'agissait en effet d'une espèce dans laquelle une vieille dame avait consenti à ses neveux et nièces des donations. Or, après avoir consenti celles-ci, la femme s'éprend d'une autre femme, plus jeune qu'elle, qu'elle décide d'instituer légataire universelle dans son testament. Elle désire par conséquent annuler les donations consenties à ses neveux et nièces afin que celles-ci reviennent à sa compagne. Mais en droit civil français, les donations sont irrévocables. Afin de contourner cette législation, la femme décide alors d'utiliser l'ancien article 953 du Code civil, lequel prévoyait la révocabilité de plein droit des donations en cas de survenance d'enfants : elle prend alors la décision d'adopter sa partenaire. Une fois décédée, ses neveux et nièces, conscients des relations de couple qui existaient entre l'adoptante et l'adoptée, se pourvoient alors en tierce opposition contre le jugement prononçant l'adoption, en arguant une fraude puisque l'institution de l'adoption avait été détournée de son but. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence leur donne raison en constatant « qu'il n'existe aucun doute sur la réalité d'une relation homosexuelle entre l'adoptante et l'adoptée ; que cela démontre que l'adoptante était principalement animée par des considérations successorales, voire fiscales »⁷⁵ : de là, elle en déduit la fraude. Cependant, le 6 février 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel pour manque de bases légales, la Cour d'Aix s'étant selon elle déterminée « par un motif impropre à caractériser la fraude imputable à l'adoptante, alors que la recevabilité de la tierce opposition au jugement d'adoption ne se confond pas avec le bien fondé de la demande en adoption »⁷⁶. Un tel motif reste un peu opaque et surtout il permet d'instaurer comme fille adoptive la compagne d'une femme : le droit fait ici plus que tolérer une situation incestueuse, il l'établit presque. Pour un commentateur de la décision, l'arrêt d'appel aurait dû être confirmé, en ce que « la volonté d'inceste est une fraude absolue »⁷⁷. Dés lors, selon lui, « si le droit s'interdit (encore ?) de consacrer union un inceste (articles

⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999 : Juris-data n°002353 ; *RTD. civ.* 1999 p. 610, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 1999, Com. n°124, note Murat ; *RJPF* 2000, 1/36, note Vassaux ; *Procédures*, 1999, Com. n°227, obs. Thouret.

⁷⁵ Aix-en-Provence, 5 septembre 2006, *JCP* 2007, IV, 2281, *Gaz. Pal.*, Rec., doct. 073772

⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-20.054, *Bull. civ. I*, n° 46 ; *D.* 2008. AJ. 692, et *Chron.* 638, obs. P. Chauvin et C. Creton ; *RTD civ.* 2008. 286, obs. J. Hauser, *D.* 2009, obs. M. Douchy-Oudot

⁷⁷ Alain Clavier, note sous Civ. 1^{ère}, 8 février 2008, *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2008, n°323, p. 16

161, 162, 163, 515-2, 366...du Code civil), le juge s'autorise à...consacrer inceste une union »⁷⁸.

On le voit, cette tolérance du droit face à certaines situations incestueuses témoigne de l'ignorance du droit, et surtout de son insouciance en la matière. Cette insouciance se retrouve en théorie, sur des questions de terminologie : en effet, l'exemple du droit pénal va nous montrer que le droit utilise parfois de façon inappropriée le terme « inceste », témoignant du manque de rigueur du juriste dans l'appréhension du phénomène.

Section 2 : Les approximations du droit quant à l'utilisation du terme « inceste » : l'exemple du droit pénal

Deux points attestent de l'ignorance du droit pénal dans son appréhension de l'inceste : dans un premier temps, on peut remarquer que c'est la doctrine qui peut faire erreur, en parlant de l'inceste en droit pénal alors que le premier n'est pas réellement appréhendé par le second (§1) ; ensuite, c'est le législateur qui entretient la confusion, comme on va le voir à travers l'étude de la loi du 8 février 2010 (§2).

§1 : L'inceste en droit pénal noyé dans la notion d'abus d'autorité

Il s'agit ici de réaliser qu'en droit pénal, plus qu'en droit civil, l'inceste est ignoré du droit. Dans un premier temps, on constate en effet que l'inceste en droit pénal n'est jamais envisagé directement ; ce qui est en fait envisagé, c'est plus largement l'abus d'autorité sur la victime. Quand les articles 222-24, 222-28, 222-30 et 227-26 du Code pénal visent l'ascendant ou « toute autre personne ayant sur la victime une autorité de fait ou de droit », c'est en même temps que toute « personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». Comme le constate Danièle Mayer, « il apparaît ainsi que l'inceste n'est jamais pris en considération isolément par le législateur pénal ; il est toujours appréhendé en même temps que tous les autres cas d'abus d'autorité. Sanctionné comme une forme particulière d'abus d'autorité, l'inceste n'est pas punissable dès qu'il n'est pas susceptible d'être la

⁷⁸ A. Clavier, note préc.

conséquence d'une influence abusive »⁷⁹. Dès lors, il est clairement démontré que l'inceste est ignoré du droit pénal, car ce n'est pas lui qui est appréhendé directement.

§2 : L'inceste et la loi du 8 février 2010

Récemment, une loi du 8 février 2010⁸⁰ a toutefois tenté d'appréhender de façon plus directe le phénomène. En effet, cette loi a introduit dans le Code pénal les articles 222-31-1 et 222-27-2, aux termes desquels la plupart des crimes et des délits sexuels « sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Ces articles ont cependant fait l'objet d'une abrogation par le Conseil constitutionnel via le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité par des décisions des 16 septembre 2011⁸¹ et 17 février 2012⁸². Selon le Conseil constitutionnel en effet, la formule vague « au sein de la famille » manquait de précision, et était dès lors incompatible avec les principes de légalité des délits et des peines et d'interprétation stricte de la loi pénale. La Cour de cassation a rapidement tiré les conséquences de ces abrogations dans des arrêts de la chambre criminelle du 12 octobre 2011⁸³ en cassant des condamnations pour « viols incestueux ».

Néanmoins, il reste intéressant d'étudier ces articles et leurs conséquences, tant ils attestent de l'ignorance du droit pénal en matière d'inceste. Le terme « incestueux » était pourtant utilisé directement par la loi : mais était-ce véritablement l'inceste qui était visé ici ?

Deux points sont à envisager : dans un premier temps, il semble en effet que le terme « incestueux » introduit dans la loi n'avait aucun impact répressif. Comme le relève le professeur Neirinck, « la disposition critiquée relevait essentiellement de l'effet d'annonce »⁸⁴. Par ailleurs, il est vrai que la circulaire d'application posait clairement la nature interprétative et déclarative des nouveaux articles, ce qui justifiait l'application

⁷⁹ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit.*

⁸⁰ L. n°2010-121, 8 février 2010 : Journal Officiel du 9 février 2010

⁸¹ Cons. const., 16 septembre 2011, n°2011-163 QPC, *D.* 2011. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *AJ pénal* 2011. 588, obs. C. Porteron ; *Constitutions* 2012. 91, obs. P. de Combles de Nayves ; *RSC* 2011. 830, obs. Y. Mayaud ; *RTD civ.* 2011. 752, obs. J. Hauser ; *Dr. pénal* 2011, comm. n° 130, M. Véron ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 13, p. 35, note S. Detraz

⁸² Cons. Const., 17 février 2012, n°2011-222 QPC

⁸³ *Crim.*, 12 octobre 2011, 3 arrêts, n° 10-88.885, 10-84.992 et 10-82.842, *D.* 2011. 2729 ; *RSC* 2012, p. 131, obs. E. Fortis, *RSC* 2012, p. 183, obs. J. Danet.

⁸⁴ C. Neirinck, « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille ? », *Dr. famille* n°11, novembre 2011, repère 10

immédiate de ceux-ci⁸⁵. Dès lors, ces nouvelles dispositions n'avaient pas réellement le caractère de dispositions pénales.

En outre, les articles étudiés visaient-ils véritablement l'inceste ? On a vu que l'inceste supposait des relations sexuelles intrafamiliales allant à l'encontre de la morale et des institutions familiales. Or, pour reprendre l'analyse de Stéphane Detraz⁸⁶, on peut déjà constater que la loi du 8 février 2010 ne visait que les cas d'inceste sur des mineurs, réduisant dès lors drastiquement le champ de ce qui était considéré comme un inceste. Par ailleurs, l'inceste n'était appréhendé qu'à travers le champ des infractions sexuelles : il fallait un acte illicite pour que l'on puisse parler d'inceste. Enfin, comme le relève l'auteur, « dans la plupart des hypothèses, l'atteinte sexuelle est mise en relief par les articles 222-31-1 et 227-27-2 du Code pénal non pas en raison de la connotation morale attendue (le "tabou" de l'inceste) mais en raison de la violation, par l'agent (le père ou la mère de la victime, pour l'essentiel), d'un double devoir lui incombant et qui consiste, d'une part, en l'abus de l'autorité parentale dont il est investi dans l'intérêt de l'enfant (cf. article 372, C. civ.) et, d'autre part, en la méconnaissance de l'obligation de protéger la sécurité et la moralité de ce dernier (cf. article 371-1 C. civ.) ».

Dès lors, il semble donc que, même lorsque le droit pénal décide d'utiliser directement le terme « inceste », il ne veut pas en réalité désigner un tel phénomène. Cette constatation met bien en exergue le fait que des approximations demeurent quant à l'appréhension de l'inceste par le droit, en droit pénal comme en droit civil. En droit civil, puisque l'inceste est ignoré des juristes, ceux-ci laissent subsister des situations incestueuses, et parfois leur accordent même une pérennité. Dès lors, après avoir constaté cette « insouciance » du droit, la question va se poser des problèmes soulevés par celle-ci et des possibilités d'évolution en la matière : cette ignorance de l'inceste par le droit est-elle satisfaisante ?

TITRE 2 : La nécessité d'une meilleure prise en compte de l'inceste par le droit

Les développements précédents quant à l'insouciance du droit en matière d'inceste nous permettent d'envisager intuitivement le fait que la situation du droit en matière d'inceste

⁸⁵ Circ. CRIM 10 – 3/E8 – 09-02-2010

⁸⁶ S. Detraz, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2010, p. 10.

n'est pas satisfaisante. Et en effet, il nous semble que le droit positif en la matière souffre de lacunes et permet la pérennisation de situations incestueuses (Section 1). Une fois ce constat effectué, il s'agira donc d'évaluer les évolutions envisageables du droit, tant civil que pénal, et d'envisager leur opportunité (Section 2).

Section 1 : Un droit positif contestable

En 2004, l'avocat général près la Cour de cassation Jerry Sainte-Rose constatait déjà qu'en matière d'inceste, « la loi elle-même n'est nullement parfaite et comporte en la matière des lacunes, des failles et des incohérences »⁸⁷. La situation actuelle du droit en matière d'inceste peut se justifier de nombreuses façons. Mais il n'en reste pas moins que des critiques peuvent être formulées à l'égard de certaines situations, que ce soit en matière pénale (§1) ou en matière civile (§2).

§1 : L'état du droit positif en matière pénale

Certains auteurs, en envisageant la situation actuelle du droit pénal, la justifient de différents points de vue. Le professeur Guéry par exemple, dans son étude de droit pénal comparé en matière d'inceste, estime satisfaisant l'état du droit, puisqu'il se prononce de la façon suivante : « nous annonçons dès notre introduction que nous ne pensions pas souhaitable que l'"inceste" soit nommé par le droit pénal. Les différentes formes d'inceste prohibées par le droit pénal ne nous semblent pas plus mériter une modification de leur appellation »⁸⁸ ; le professeur Guével estime également qu'à l'heure actuelle « le statu quo répressif devrait être maintenu »⁸⁹, et le professeur Mayer explique que, pour elle, « il ne paraît pas souhaitable, *de lege ferenda*, d'aller au-delà de la répression très partielle de l'inceste qui est actuellement organisée par le législateur »⁹⁰. La situation est-elle réellement satisfaisante ?

Il est important de savoir en effet que dans le domaine de la sociopsychologie, on dénonce les conséquences néfastes du secret qui entoure l'inceste, particulièrement pour l'enfant. Un article paru dans la revue juridique « Petites affiches » titrait par exemple en

⁸⁷ J. Sainte-Rose, concl. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, *D.* 2004.362

⁸⁸ C. Guéry, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *op. cit.*

⁸⁹ D. Guével, « La famille incestueuse », *op. cit.*

⁹⁰ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », *op. cit.*

1995 : « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel »⁹¹. Selon la psychiatre auteur de l'article, la révélation en matière d'inceste est essentielle, car « aucune entreprise avec l'autre n'est possible tant que le secret occupe tout le champ du langage » ; tant que l'enfant victime d'inceste n'a les moyens de parler, il « est hors-la-loi. Il est confiné au no man's land du non-droit »⁹². L'état du droit pénal pourrait donc soulever quelques interrogations : la procédure pénale particulièrement mériterait peut-être quelques évolutions.

§2 : L'état du droit positif en matière civile

En droit civil, les appels à l'évolution sont plus nombreux ; un auteur relève par exemple que les différences d'appréhension de l'inceste selon le mode de conjugalité choisie (mariage ou pacte civil de solidarité) est inopportune et insiste sur le fait que le pacs crée, de fait, des liens d'alliance qu'il serait nécessaire de prendre en compte⁹³. D'ailleurs, il est vrai que la question de l'appréhension de l'inceste par les textes relatifs au pacte civil de solidarité interpelle. On l'a vu, si le pacs n'a pas de caractère familial, pourquoi y consacrer un interdit fondateur du droit de la famille ? C'est l'une des principales critiques apportées par Nathalie Glandier Lescure dans sa thèse, où elle qualifie l'interdit de l'inceste dans le pacs d'« inutile » et de « contestable »⁹⁴. Qu'en penser ? Il nous semble que l'interdit de l'inceste dans le pacs se justifie toutefois ; certes, assurer la pérennité de l'institution de la famille est l'une des raisons de la prohibition de l'inceste, mais d'autres justifications entrent en compte. Il est intéressant de relever que c'est l'argument des empêchements à pacs fondés sur l'inceste qui a poussé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999⁹⁵ à déduire l'exigence d'une vie de couple entre partenaires. La prohibition de l'inceste, selon le Conseil constitutionnel, ne fonderait donc pas seulement la famille ; elle fonderait une vie de couple « normale », à laquelle le droit accepterait d'attacher des effets.

Néanmoins, en droit civil, les critiques concernent particulièrement la question des adoptions intrafamiliales ou des adoptions entre partenaires sexuels, car les juges laissent ici s'établir des situations d'inceste et leur accordent parfois des effets juridiques. Certes, aucun texte n'interdit de telles adoptions, mais de nombreux auteurs sont particulièrement critiques quant au vide législatif et à la jurisprudence dans ce domaine. Le professeur Fenouillet

⁹¹ L. Daligand, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *Les Petites Aff.* 3 mai 1995, p. 56.

⁹² L. Daligand, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *op. cit.*

⁹³ X. Labbé, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 29 novembre 2012, p. 5.

⁹⁴ N. Glandier Lescure, « L'inceste en Droit français contemporain », *op. cit.*

⁹⁵ Cons. const., 9 nov. 1999, JO 16 nov. 1999

explique très clairement que faire droit aux demandes d'adoptions intrafamiliales entraîne la création de situations d'inceste légal – deux personnes apparentées étant placées dans les rôles de membres d'un couple, ou réciproquement. Or, selon elle, cet inceste légal « s'il ne suscite évidemment pas la même réaction de répulsion sociale que celle qu'engendre l'union sexuelle de proches parents, n'en pose pas moins des problèmes comparables dans les structures de la parenté qu'il perturbe profondément »⁹⁶.

Les critiques peuvent donc être nombreuses, en droit civil comme en droit pénal. Se pose donc désormais la question des possibilités d'évolution en la matière.

Section 2 : Les évolutions envisageables

Il s'agit ici de s'intéresser à l'état du droit prospectif en matière d'inceste : des évolutions sont-elles possibles ou même indispensables eu égard aux critiques déjà soulevées ? En matière pénale, quelques propositions peuvent être faites, mais il semble que la procédure pénale soit plus concernée que le droit pénal en général (§1). Quant au droit civil, l'évolution semble devoir être envisagée à la lumière de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence va peut-être influencer sur le droit français dans un futur proche (§2).

§1 : Les évolutions en droit pénal

En droit pénal, la question d'ériger l'inceste en infraction autonome soulève assez peu de débats aujourd'hui. Elle reste pourtant particulièrement intéressante surtout quand il s'agit de constater que des législations étrangères, à l'instar du droit canadien déjà évoqué, envisagent l'inceste comme une infraction à part entière. Dans un rapport du Sénat consacré à une étude de droit comparé sur la répression de l'inceste⁹⁷, on remarque par exemple que des pays limitrophes à la France ont érigé l'inceste comme infraction autonome. La Suisse, entre autres, condamne tout acte sexuel commis entre ascendants et descendants, ou entre frères et sœurs au-delà de seize ans. Il s'agit donc bien d'une répression spécifique de l'inceste, distincte de la répression de l'abus d'autorité sur un enfant. Dans son article consacré à

⁹⁶ D. Fenouillet, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, *Dr. famille* n°2, février 2004, comm. 16

⁹⁷ *La répression de l'inceste*, Études de législation comparée, Affaires européennes, février 2012, www.senat.fr/lc/lc102/lc102.html

l'inceste en droit pénal français, le professeur Marie-Laure Rassat se positionne en faveur d'une telle évolution : pour elle, « le droit pénal aurait tout à gagner à "sortir" l'inceste du cadre des infractions banales contre les mœurs pour les doter d'une qualification particulière »⁹⁸.

Cependant, il nous semble que l'évolution en droit pénal devrait se cristalliser autour de la notion d'absence de consentement. En cas d'inceste sur un mineur, on l'a vu, l'absence de consentement, nécessaire pour déclencher la qualification de viol ou autre agression sexuelle, va être particulièrement difficile à prouver eu égard à la nature très particulière des relations entre l'agresseur et l'agressé. La proposition de Nathalie Glandier Lescure nous semble donc plutôt pertinente en ce qu'elle propose de créer une nouvelle infraction de « viol incestueux », dont les éléments constitutifs seraient un acte de pénétration sexuelle sur un mineur de 15 ans et la relation d'ascendance de l'auteur de l'acte à l'encontre du mineur⁹⁹. Le défaut de consentement serait dès lors présumé irréfragablement.

Des réformes sont également envisageables au niveau de la procédure pénale. À ce titre, il a entre autres été envisagé une meilleure indemnisation de la victime et un meilleur suivi psychologique de celle-ci ; il s'agirait donc d'octroyer à la victime de faits incestueux un statut spécifique au regard de la procédure pénale.

Les propositions d'évolution en droit pénal restent donc limitées ; les choses sont différentes en droit civil, particulièrement grâce à l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme.

§2 : Les évolutions en matière civile : l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme

En droit civil, les évolutions envisagées sont diverses et variables, et concernent plusieurs domaines. Dans un premier temps, un auteur envisage tout simplement l'interdiction pure et simple de l'inceste par le droit civil : « le droit civil ne pourrait-il poser un principe unique, selon lequel il est interdit de vivre en couple avec un parent de même sexe ou de sexe différent en ligne directe ou collatérale ? »¹⁰⁰. Il nous semble que cette proposition relève d'une confusion entre le rôle du droit civil et celui du droit pénal : ce n'est en effet pas au

⁹⁸ Marie-Laure Rassat, « Inceste et droit pénal », *JCP G* 1974.I.2614

⁹⁹ N. Glandier Lescure, « L'inceste en Droit français contemporain », *op. cit.*, p. 324

¹⁰⁰ X. Labbée, « Les paradoxes de l'inceste », *op. cit.*

droit civil de poser des interdictions en matière d'inceste et de réprimer celui-ci. Le rôle du droit civil est simplement de refuser l'accès des couples incestueux aux institutions de droit qu'il met en place ; il ne peut aller plus loin. Le concubinage n'étant aujourd'hui qu'une institution de fait, le droit civil ne peut donc s'en préoccuper de façon plus poussée. Mais des évolutions semblent envisageables, notamment au niveau du mariage (A) et de la filiation (B). Ces questions se posent avec une particulière acuité sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme.

A) Sur le mariage

Comme on l'a vu, la décision « B.L. c/ Royaume-Uni » du 13 septembre 2005¹⁰¹ atteste de la volonté de la Cour européenne de réduire les empêchements à mariage – sont tout particulièrement concernés ceux fondés sur l'alliance. Le Royaume-Uni ayant été condamné, il a dès lors été suggéré par des commentateurs de la décision qu'une évolution similaire pourrait avoir lieu en France par l'intermédiaire des juges français prenant en compte l'autorité de la chose interprétée de la Cour européenne. Sous l'influence de la liberté sexuelle de l'individu et de l'exaltation de la liberté de choix, une évolution dans un sens libéral pourrait donc avoir lieu.

Cependant, ce n'est pas le seul domaine où règne l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme. Un arrêt plus récent de la Cour d'appel de Paris¹⁰² semble en effet soulever des interrogations quant aux empêchements des mariages entre collatéraux. Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il est l'un des rares arrêts traitant d'un couple incestueux – la plupart de ceux-ci préférant rester dans l'ombre. Dans cette affaire, il s'agissait en effet d'un couple formé par un oncle et sa nièce, couple désirant s'unir par les liens du mariage. Selon l'article 163 du Code civil, une telle union est prohibée ; toutefois, comme on l'a vu, l'article 164 du même Code prévoit une possibilité de dispense en cas de « causes graves ». C'est ainsi que le couple de l'espèce avait formé une demande en ce sens auprès du Président de la République, demande à laquelle ce dernier n'avait pas fait droit. L'oncle et la nièce conteste alors ce refus devant les juridictions civiles en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 septembre 2005. Ils estimaient en effet que la prohibition au mariage posée par l'article 163 du Code civil constituait, au même titre que la prohibition du mariage entre le beau-père et sa belle-fille,

¹⁰¹ CEDH, 13 septembre 2005, n°36536/02, « B.L. c/ Royaume-Uni », *op. cit.*

¹⁰² Paris, 3 avril 2008, W. c/ Min. publ., *préc.*

une atteinte excessive au droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention. A cette argumentation, la Cour d'appel répond de façon un peu évasive, soulevant par là une question importante ; en effet, selon elle « l'empêchement à mariage à raison des liens de sang entre l'oncle et la nièce ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au mariage dès lors que la prohibition peut être levée pour des causes graves ». Comme le remarque un commentateur, il semble donc qu'en insistant sur la possibilité de dispense, la Cour d'appel veuille en réalité dire que « le lien de parenté par le sang, en ligne collatérale, ne s'oppose pas fondamentalement au mariage des individus »¹⁰³. Ce serait donc encore une prohibition qui serait susceptible de tomber sous l'influence de l'évolution libérale de la société en matière de mœurs.

B) Sur la filiation

Enfin, toujours dans le domaine de l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français en matière d'inceste, se pose aussi la question de la discrimination de l'enfant incestueux, lequel ne peut voir sa double filiation établie. Toutefois, l'heure ne semble pas à l'évolution en la matière : via le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, la question a en effet été posée de la conformité de l'article 310-2 du Code civil à l'article 10 du Préambule de la Constitution de 1946, lequel garantit constitutionnellement le droit à une vie familiale normale. Or, par une décision du 23 mai 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation exerçant le rôle de filtre qui lui est dévolu par l'article 61-1 de la Constitution a refusé de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel, en estimant d'abord que la question posée n'était pas nouvelle, et qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux¹⁰⁴. L'argumentation de la Cour de cassation est douteuse, le Conseil constitutionnel n'ayant eu à traiter de la question de l'inceste uniquement du point de vue de la légalité pénale. Par ailleurs, si le caractère sérieux de la QPC fait défaut pour la Cour de cassation, elle ne l'explique que par une formule relativement opaque ; la question posée ne serait pas sérieuse car elle supposerait « une situation que contredit la reconnaissance établissant la filiation de la mère de l'enfant »¹⁰⁵. Dès lors, on ne peut avec le doyen Batteur que « déplorer le refus de transmission »¹⁰⁶.

¹⁰³ V. Larribau-Terneyre, note sous Paris, 3 avril 2008, *Dr. famille* n°6, juin 2008, comm. 81

¹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, n°12-40021

¹⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, *op. cit.*

¹⁰⁶ A. Batteur, obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, *EDFP* 15 juillet 2012 n°7, p. 3

Cependant, il reste indéniable que l'enfant incestueux va être défavorisé de par sa situation au niveau successoral et alimentaire. De ce point de vue donc, deux évolutions sont envisageables : la France pourrait d'abord se calquer sur un modèle de législation étranger. Un auteur relève en effet que « d'autres législations ont institué un contrôle judiciaire lors de l'établissement de la filiation de l'enfant »¹⁰⁷ : certains pays envisagent en effet la question de la filiation de l'enfant incestueux d'une façon très libérale en n'effectuant aucune différenciation de l'enfant incestueux, lequel peut voir établie sa filiation de façon bilinéaire. Une telle évolution serait peut-être excessive. Le modèle du droit espagnol semble donc beaucoup plus pertinent : en effet, ce droit condamne dans le principe l'établissement de la double filiation incestueuse, mais prévoit par exception que celle-ci peut être établie par décision judiciaire si cela est conforme aux intérêts de l'enfant incestueux – à charge pour lui de faire annuler cette filiation à sa majorité. Ici, « le tabou persiste, sans pour autant en faire porter le fardeau à l'enfant »¹⁰⁸. Une seconde orientation serait possible, celle d'une évolution du droit français en faveur d'un choix de l'enfant, qui pourrait choisir ou non de voir établie sa filiation incestueuse. Le refus du législateur de permettre cet établissement se fonde aussi peut-être sur la peur de voir, en cas de prédécès de l'enfant, le géniteur incestueux hériter de son enfant. Un nouveau cas d'indignité successorale pourrait donc être envisagé. On en reviendrait dès lors à une réforme profonde du droit de la filiation, en distinguant les filiations volontairement ou judiciairement établies, selon l'idée de M. Terré¹⁰⁹.

De multiples évolutions sont donc possibles en droit civil ; toutes font l'objet de discussions. Reste à savoir si elles seront mises en œuvre par le droit.

CONCLUSION

L'interdit de l'inceste est un interdit fondateur de notre société ; il symbolise en effet le passage de l'animalité à l'humanité et se retrouve édicté d'une façon ou d'une autre dans tous les groupes sociaux humains. Il est un « pilier fondamental de notre société »¹¹⁰. Or, là où il y a une société il y a également du droit : c'est cette idée qu'exprime l'adage latin « ubi societas ibi jus ». La prohibition de l'inceste en tant que règle sociale se doit donc d'être

¹⁰⁷ S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. famille* n°6, juin 2010, étude 16

¹⁰⁸ S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *op. cit.*

¹⁰⁹ F. Terré (ss. Dir.), *Le droit de la famille*, PUF, Cahier des sciences morales et politiques, 2002, p. 59 et s.

¹¹⁰ J. Sainte-Rose, *concl. préc.*

appréhendée par le droit. On peut donc trouver dans les deux branches du droit que sont le droit civil et le droit pénal des règles relatives à l'inceste, qui ont pour but de faire respecter l'interdit fondamental. En droit civil, des dispositions spécifiques ont été édictées afin de refuser aux couples et familles incestueux tout accès à l'institutionnalisation. En droit pénal, la répression de l'inceste va se faire à travers des dispositions plus générales qui ont pour but de protéger le mineur et le consentement de la personne, ainsi que de sanctionner tout abus d'autorité.

Toutefois, le caractère non juridique de la notion d'inceste reste problématique quand on envisage l'inceste à travers le prisme du droit. En dehors du droit, en sociologie, psychanalyse ou anthropologie, aucun fondement de la prohibition de l'inceste n'a fait l'objet d'un consensus ; et en droit, la réflexion reste plutôt pauvre. Par conséquent, l'appréhension juridique de l'inceste va rester incomplète, faute d'envisager précisément les raisons de sa prohibition. Ainsi, le droit va dans certains cas ignorer le caractère incestueux de certaines situations et leur accordera même sa pérennité, ou alors il utilisera le terme « inceste » à mauvais escient – approximations particulièrement flagrantes en droit pénal. Cette ignorance du droit en matière d'inceste est liée à la nature protéiforme de la notion ; sa prohibition est en effet à la fois sociale et morale, universelle et variable. Faute de prendre position sur l'inceste, le droit ne pourra en faire une appréhension satisfaisante. Dès lors, la question d'une évolution de la législation française se dessine nettement ; sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence, un bouleversement de la législation française en matière d'inceste pourrait même avoir lieu plus rapidement qu'on ne le pense.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES, MANUELS ET COURS

- Cornu G., *Droit civil - La famille*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 9^e édition, 2006,
Fenouillet D., Terré F., *Droit civil - La famille*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8^e éd., 2011
Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 6^e éd., 2011

THESE ET MONOGRAPHIE

- Glandier Lescure N., *L'inceste en Droit français contemporain*, préf. C. Neirinck, PUAM, 2006
Portalis J.-E.-M., *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, Éditions Confluence, Coll. « Voix de la cité », 1999

ARTICLES ET CHRONIQUES

- Batteur A., « L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.
Corpart I., « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, doct. 888.
Daligand L., « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *Les Petites Aff.* 3 mai 1995, p. 56.
Detraz S., « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2010, p. 10.
Guéry C., « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.1998.47.*
Guével D., « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2004, p. 2.
Labbée X., « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 29 novembre 2012, p. 5.
Mayer D., « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.1988, chron.* 213.
Neirinck C., « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille ? », *Dr. famille* n°11, novembre 2011, repère 10.
Perrin S., « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. famille* n°6, juin 2010, étude 16.

Planque J.-C., « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 19 avril 2012 n°110, p. 13.

NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET RAPPORTS

Batteur A., obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, *EDFP* 15 juillet 2012 n°7, p. 3

Cayol A., note sous Cass. crim. 23 sept. 2010, *Les Petites Aff.* 30 décembre 2010, p. 9.

Clavier A., note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2008 n°323, p. 16.

Dekeuwer-Défossez F., obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, *RLDC* mars 2004, n°107, p. 33.

Fenouillet D., note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, *Dr. famille* n°2, février 2004, comm. 16

- obs. sous Rennes, 22 janvier 2001, *Dr. famille* n°11, novembre 2003, chron. 29

Gouttenoire A., Lamarche, M., « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr famille* n°11, novembre 2005, comm. 234

Hauser J., obs. sous Rennes, 24 janv. 2000, *RTD. civ.* 2000. 819.

Larribau-Terneyre V., note sous Paris, 3 avril 2008, *Dr. famille* n°6, juin 2008, comm. 81

Mayaud Y., obs. sous Lyon, 28 mars 1997, *RSC* 1997, p. 636.

Vigneau D., obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, *D.* 2004.365.

La répression de l'inceste, Études de législation comparée, Affaires européennes, février 2012, www.senat.fr/lc/lc102/lc102.html

OUVRAGES NON JURIDIQUES

Delrieu A., *Lévi-Strauss Lecteur de Freud, Le droit, l'inceste, le père et l'échange des femmes*, Anthropos, Coll. « Psychanalyse et pratiques sociales », 2^{ème} édition, 1999

Freud S., *Totem et Tabou*, Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2001

Héritier F., *Les deux sœurs et leur mère*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1994

Lévi-Strauss C., *Les Structures élémentaires de la parenté*, Mouton de Gruyter, Paris, 1967

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire

Introduction

Partie 1

L'inceste appréhendé par le droit

Titre 1

L'inceste en droit civil

Section 1 : Le refus d'institutionnaliser l'inceste - les prohibitions à mariage

§1 : *Les empêchements à mariage classiques*

A) Présentation

B) Appréciation

§2 : *Les empêchements à mariage fondés sur l'adoption*

A) Présentation

B) Appréciation

Section 2 : Le refus d'officialiser les effets de l'inceste - l'interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse

§1 : *Principe*

A) Présentation

B) Appréciation

§2 : *Exceptions*

A) L'action à fins de subsides de l'enfant incestueux

B) L'action civile de l'enfant incestueux né d'un viol

C) La théorie du mariage putatif

Titre 2

L'inceste en droit pénal

Section 1 : La relation incestueuse avec un mineur

§1 : *L'inceste envisagé à travers les atteintes sexuelles sans violence*

§2 : *L'inceste envisagé à travers l'abandon moral d'enfant mineur*

Section 2 : La relation incestueuse non consentie

§1 : *Le caractère incestueux d'un acte sexuel non consenti envisagé en tant que circonstance aggravante*

§2 : *Le caractère incestueux d'un acte sexuel non consenti envisagé à travers l'absence de consentement de la victime*

Partie 2

L'inceste ignoré par le droit

Titre 1

L'insouciance du droit en matière d'inceste

Section 1 : La tolérance du droit civil face à certaines situations incestueuses

§1 : *La question du concubinage incestueux*

§2 : *La question épineuse des adoptions atypiques*

A) Les adoptions intrafamiliales

B) L'adoption entre partenaires sexuels

Section 2 : Les approximations du droit quant à l'utilisation du terme « inceste » : l'exemple du droit pénal

§1 : *L'inceste en droit pénal noyé dans la notion d'abus d'autorité*

§2 : *L'inceste et la loi du 8 février 2010*

Titre 2

La nécessité d'une meilleure prise en compte de l'inceste par le droit

Section 1 : Un droit positif contestable

§1 : *L'état du droit positif en matière pénale*

§2 : *L'état du droit positif en matière civile*

Section 2 : Les évolutions envisageables

§1 : *Les évolutions en droit pénal*

§2 : *Les évolutions en matière civile : l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme*

A) Sur le mariage

B) Sur la filiation

Conclusion