



HAL
open science

L'inceste et le droit civil

Lucie Dupin

► **To cite this version:**

| Lucie Dupin. L'inceste et le droit civil. Droit. 2017. dumas-01739446

HAL Id: dumas-01739446

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01739446v1>

Submitted on 21 Mar 2018

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

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



L'INCESTE ET LE DROIT CIVIL

Mémoire présenté et soutenu publiquement le 12 juillet 2017, à Lyon, par

Lucie DUPIN

sous la direction de **Frédéric ZENATI-CASTAING**
(Professeur des facultés de Droit)

et

sous la codirection de **Catherine DEKEUWER**
(Maîtresse de conférences en Philosophie)

Membres du jury :

Catherine DEKEUWER (Maîtresse de conférences en Philosophie – Université Lyon III)

Pascale DEUMIER (Professeure des facultés de Droit – Université Lyon III)

Frédéric ZENATI-CASTAING (Professeur des facultés de Droit – Université Lyon III)

Master II Droit privé fondamental
2016-2017

*À la mémoire de Ruven Ogien dont les œuvres ont inspiré toute ma réflexion et mon travail.
À celui avec qui j'aurais aimé échanger, et qui s'est éteint le 4 mai 2017.*

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma reconnaissance la plus sincère à M. le Professeur ZENATI-CASTAING pour la confiance qu'il m'a témoignée dans l'élaboration de ce travail, notamment par rapport à l'angle de recherche que j'ai choisi d'adopter, ainsi que pour ses précieux conseils et sa disponibilité.

Je tiens également à remercier Mme DEKEUWER-CARRIER pour m'avoir transmis sa passion de la philosophie morale, ainsi que pour m'avoir suivie tout au long de cette année avec patience et bienveillance.

Je ne peux m'empêcher de remercier aussi l'Université Paris XII (UPEC) et son équipe enseignante pour m'avoir formée dans mes premières années et pour m'avoir donné goût au Droit.

Je tiens enfin à remercier ma famille pour son soutien.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
PARTIE I : L'INCESTE RÉGLEMENTÉ PAR LE DROIT CIVIL : UNE LÉGISLATION PRÉCAIRE.....	28
Titre I : Une législation déficiente	28
<i>Chapitre 1 : Des déficiences originelles</i>	<i>29</i>
<i>Chapitre 2 : Des déficiences grandissantes</i>	<i>49</i>
Titre II : Une législation surannée	60
<i>Chapitre 1 : Le droit civil de l'inceste confronté à l'évolution du Droit</i>	<i>60</i>
<i>Chapitre 2 : Le droit civil de l'inceste prochainement soumis à l'évolution du Droit ?.....</i>	<i>75</i>
PARTIE II : L'INCESTE PROHIBÉ PAR LE DROIT CIVIL : UN FONDEMENT MORAL INDISCUTABLE ?.....	108
Titre I : La protection d'entités abstraites : un fondement vulnérable	111
<i>Chapitre 1 : Les entités a priori déconnectées de l'union incestueuse.....</i>	<i>111</i>
<i>Chapitre 2 : Les entités en lien direct avec l'union incestueuse</i>	<i>129</i>
Titre II : La protection de personnes concrètes : un fondement à relativiser.....	140
<i>Chapitre 1 : Les personnes gravitant autour de l'union incestueuse.....</i>	<i>140</i>
<i>Chapitre 2 : Les personnes au cœur de l'union incestueuse</i>	<i>143</i>
BIBLIOGRAPHIE	172

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

APD : Archives de philosophie du droit

Art. : Article

Ass. plén. : Cour de cassation, assemblée plénière

Bull.civ., ass.plén. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière)

Bull.civ. I, II, III, IV ou V : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles : respectivement les 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} chambres civiles, Chambre commerciale et chambre sociale)

Bull.crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

Bull. Joly : Bulletin Joly Bull.

CA : Cour d'appel

CASF : Code de l'action sociale et des familles.

Cass. : Cour de cassation

Cass. Civ., 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème} : Cour de cassation, respectivement Première, Deuxième ou Troisième Chambre civile.

Cass. Com. : Cour de cassation, Chambre commerciale.

Cass. Soc. : Cour de cassation, Chambre sociale.

Cc. : Code civil

CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CE : Conseil d'Etat

CEDH. : Cour européenne des droits de l'homme

Cons. const. : Conseil constitutionnel

CSDHLF : Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

D. : Dalloz (Recueil)

D. affaires : Dalloz affaires

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

Doc. fr. : Documentation française

DP. : Dalloz périodique

Dr. pénal : Droit pénal

Dr. sociétés : Droit des sociétés

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

J.-Cl. (Civil, Pénal...) : Juris-Classeur

JCP. : Juris-Classeur Périodique, édition générale

JCP., éd. N. : Juris-Classeur Périodique, édition notariale et immobilière

JO. : Journal officiel

LPA : Les petites affiches

Mél. : Mélanges

N° : Numéro

Op. cit. : *Opere citato*

Préc. : précité

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

PULIM : Presses universitaires de Limoges

RCA. : Responsabilité civile et assurances

Rép. civ. : Répertoire civil

Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé

Rev. crit. dr. comp. : Revue critique de droit comparé

RIDC. : Revue internationale de droit comparé

RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJPF : Revue juridique personnes et famille

RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif

RTDciv. : Revue trimestrielle de droit civil

RTDcom. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

S. : Sirey (Recueil)

V° : verbo.

INTRODUCTION

« *La prohibition des mariages incestueux, le statut de l'enfant issu des rapports entre proches parents n'intéressent guère, un peu comme si la règle morale sous-jacente aux règles juridiques allait tellement de soi que le rôle du juriste pouvait se réduire à une chambre d'enregistrement.* »¹

Inceste. Le mot fait peur². À lui seul, il sonne comme une provocation³. Et pour cause : l'inceste répugne⁴, l'inceste est tabou⁵.

L'inceste répugne tout d'abord : sa simple évocation suscite l'horreur⁶, le dégoût⁷, voire la haine⁸. Dans certaines langues, le mot « inceste » n'a même pas d'existence propre, et est désigné par un terme signifiant indifféremment « répugnant »⁹. Plus prosaïquement, l'idiot ou le laideron du village étant nécessairement le fruit d'une relation incestueuse dans l'imaginaire commun, la référence à l'inceste sert parfois d'insulte¹⁰.

L'image obvie que l'on a de l'inceste est réductrice et contribue à ce rejet épidermique : dans l'opinion commune, l'inceste vise les relations entretenues entre personnes elles-mêmes directement unies par un lien de famille¹¹, c'est-à-dire uniquement l'inceste de premier type¹². Selon elle toujours, l'inceste est synonyme de violence¹³. L'inceste n'est alors perçu qu'à travers le

¹ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759.

² D. SALAS, « L'inceste, un crime généalogique », *Melepous* n°7, 1996, p109 s. qui parle de « *phobie de l'inceste* » ; en ce sens également : J-M. USEO, *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014, p7 s, qui évoque la « *sidération* » que provoquent les actes incestueux. Voir aussi : P. RACAMIER, *L'inceste et l'incestuel*, Editions du Collège, 1995, p5 s et D. GUEVEL, « La famille incestueuse », LPA, 2004, n°290, p2.

³ I. CORPART, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, doct. 888.

⁴ J-S. LOISEAU, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1811-1819, p759 s.

⁵ I. CORPART, préc. ; S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 10. ; J-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du Droit civil*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010, n°84 s.

⁶ C. SILVIA, « Fabienne Giuliani », *Les Liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^{ème} siècle*. Paris, Publications de la Sorbonne, 2014 », *Clio*, 2/2015 (n° 42), p254 s.

⁷ Ainsi peut-on lire sur internet : « *Rien que le mot inceste me donne envie de vomir. Je ne trouve pas les mots.* » (<http://www.lessentiel.lu/fr/news/story/24412342> : commentaire posté à propos d'une possible réforme de la filiation au Luxembourg, impliquant la reconnaissance de l'enfant incestueux)

⁸ A. BRETON, « L'enfant incestueux », in *Etudes Marc Ancel*, 1976, p309 s.

⁹ N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, p1 s.

¹⁰ E. GRANGE, *Grossesse et consanguinité : quelles prises en charge après l'apparition de signes d'appels échographiques et quels devenir pour ces enfants ? : à propos de 186 cas entre 2004 et 2014*, Mémoire, Lyon I, 2015, p13 s.

¹¹ A. LAMBOLEY, *Juriste civil*, V° Mariage, prohibitions au mariage entre parents et alliés, articles 161 – 164, 2014, n°1 à 26.

¹² Par opposition à l'inceste de second type qui renvoie à la position « *qui existe entre deux consanguins de même sexe, qui n'ont pas un rapport sexuel direct mais qui ont un rapport charnel avec un même partenaire* » (F.HÉRITIER, « Entretien », *Raisons politiques*, 4/2005 (n°20), p113 s.) La distinction entre inceste de 1^{er} type et de 2nd type doit sa paternité à Françoise Héritier (précitée). Voir aussi pour un avis critique : C. ELIACHEFF & N. HEINRICH, « Étendre la notion d'inceste : exclusion du tiers et binarisation du ternaire », *A contrario*, 2005/1 (Vol. 3), p136 s.

¹³ D. GUEVEL, « La famille incestueuse »..., préc.

prisme de l'atteinte sexuelle, de l'agression sexuelle et du viol¹⁴. La prise de conscience du nombre de victimes mineures subissant des violences sexuelles au sein de leur propre famille a voilé l'existence d'incestes consentis¹⁵. Pour certains, le raccourci ne se fait pas attendre : l'inceste serait la pédophilie¹⁶. Et pour les autres, même sans victime apparente, l'inceste reste une « abomination »¹⁷.

L'inceste est tabou¹⁸, ensuite : sa prohibition serait évidente, son évocation proscrite, sa réalité niée¹⁹.

L'interdit de l'inceste, perçu comme universel²⁰, semble aller de lui-même²¹. À son sujet, le silence est de mise, faisant de lui le haut lieu du secret²². Pourtant, les unions incestueuses existent bel et bien²³. Mais, rejetées, ces dernières se cachent, maintenant ainsi le cercle vicieux, -ou vertueux, c'est selon- qui plonge l'inceste dans le silence propre au tabou²⁴. En définitive, l'inceste reste muré dans un non-dit chargé de sens : « *il est un monstre que l'on tait. On ne rit pas de lui, on ne débat pas sur lui* »²⁵.

Pourtant, s'il est rejeté avec autant de force, l'inceste n'en reste pas moins une notion floue. Le concept d'inceste est difficile à définir car il touche à moult domaines différents²⁶

¹⁴ D. GUEVEL, *Taire les origines : la filiation incestueuse*, in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s.

¹⁵ L. LE CAISNE, « Quand dire, c'est faire taire. Mise en récit médiatique d'une victime d'inceste », *Réseaux*, 2/2016 (n° 196), p207 s., qui cite un sondage IPSOS/AIVI de mars 2010 rapportant que 3% des personnes interrogées affirment avoir été victimes de violences incestueuses durant leur minorité. Le chiffre concernant le nombre de relations incestueuses consenties reste quant à lui un chiffre noir.

¹⁶ Ainsi peut-on lire sur internet : « *Attendez encore un peu et ils vont finir par légaliser la pédophilie pour mieux protéger les droits de l'enfant !* » (<http://www.lessentiel.lu/fr/news/story/24412342> : commentaire posté à propos d'une possible réforme de la filiation au Luxembourg, impliquant la reconnaissance de l'enfant incestueux).

¹⁷ X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », *LPA*, 2012, n°334.

¹⁸ L'un des derniers comme le rappelle A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Feu mon ex-beau-père et mari, feu mon mariage », *RJPF*, 2017, n°2.

¹⁹ A-C. AMBROISE-RENDU, « L'inceste doit-il être interdit par le droit ? Deux siècles d'incertitude (1810-2010) », *Esprit*, 5/2012 (Mai), p17 s., citant Foucault dans son *Histoire de la sexualité*, qui écrivait à propos des tabous : « *Affirmer que ça n'est pas permis, empêcher que ça soit dit, nier que ça existe* » pointant ainsi du doigt le lien entre l'inexistant, l'illicite et l'informulable.

²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002, p446 s.

²¹ J-Ph. LÉVY & A. CASTALDO, *op. cit.* : « *Dans la civilisation occidentale, ils ont toujours paru aller de soi au point qu'on n'éprouvait même pas le besoin de les énoncer.* »

²² F. GRANET, « Légalité de l'adoption intrafamiliale incestueuse », *D.* 2002. 2020. ; J. HAUSER, « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD civ.* 2004. 75. ; D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. famille* 2003, étude 29.

²³ B. CYRULNIK, *Le sentiment incestueux*, in F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000, p7 s. et G. BRICKER, *Le droit de la génétique*, Thèse, L'Harmattan, 2015, n°440 s.

²⁴ G. CORNU, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006, p102 s.

²⁵ F. GIULIANI, « Le fantasme de l'inceste au prisme de l'écriture des pornographes de la Révolution française », *Hypothèses*, 1/2010 (13), p257 s.

²⁶ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.* ; D. FENOUILLET, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2004, n°2, comm 16.

(anthropologie, psychologie, sociologie, génétique, droit...) ²⁷ et, dès lors, ne peut être appréhendé que depuis un angle de vue incomplet ²⁸.

Pire encore, l'inceste est une notion variable dans le temps et dans l'espace : ce qui était considéré incestueux hier ne l'est parfois plus aujourd'hui ²⁹, ce qui est considéré comme incestueux chez les uns ne l'est pas forcément chez les autres ³⁰...

Notamment parce qu'elle est liée à l'idée de famille, elle-même labile ³¹, la notion d'inceste est relative ³² : ses contours varient ³³, ses limites sont imprécises ³⁴. Aussi l'inceste apparaît comme une notion molle à sanction dure ³⁵.

Comme à chaque fois qu'une notion semble nébuleuse, il convient de s'en référer à son étymologie. Le mot inceste vient du latin *incestus*, combinaison de *in*, -privatif-, et de l'adjectif *castus*, - « vertueux », « chaste »-, et renvoie donc aux idées de « sacrilège », de « transgression » et d'« impureté » ³⁶. Le ton est donné.

Aujourd'hui, deux définitions se font du coude : l'une *charnelle*, -l'inceste serait la relation sexuelle intervenant entre proches parents ³⁷-, l'autre *légaliste*, -l'inceste serait l'union entre parents à un degré dont le mariage est prohibé par la loi ³⁸-. Quant aux adjectifs dérivés et imagés découlant du terme « inceste », ils restent fidèles à l'esprit de son étymologie : « incestueux » voudrait dire « *coupable* » d'inceste ³⁹ ou tout simplement « *inacceptable* » ⁴⁰.

Ainsi, on remarque dès à présent la difficulté qu'il y a à aborder sereinement le thème de l'inceste et de l'interdit qui l'entoure : son étymologie associe étroitement la notion d'inceste à celle d'interdit ⁴¹, - d'interdit religieux même ⁴²-, et sa définition, ambivalente, crée une confusion

²⁷ Ch. ESTROSI, « Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? », Mission parlementaire, Ministère de la justice, juillet 2015.

²⁸ D. GUEVEL, « La famille incestueuse »..., préc.

²⁹ E. GRANGE, *op. cit.* Rien qu'en France, le droit a changé pour les beaux-frères et belles-sœurs ainsi que pour les cousins.

³⁰ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2015, n°841 s. On pense, entre mille exemples, aux égyptiens qui se mariaient avec leur sœur, chose impensable dans d'autres pays.

³¹ J-M. USEO, *op. cit.*, p29 s.

³² D. GUEVEL, « La famille incestueuse »..., préc.

³³ C. GRIS, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, Thèse, Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, p507 s.

³⁴ J-M. USEO, *op. cit.*

³⁵ Pour l'expression de « notion molle à sanction dure » on renvoie à l'intervention de Ph. STOFFEL-MUNCK in Ph STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2016. Voir aussi : S. GINCHARD & T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 2016-2017, Dalloz, V° Inceste.

³⁶ P. MAIRE & A-F. ROBINSON (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, 2015

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem* et M-H. DRIVAUD (dir.), *Le Petit Robert*, 2015.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ J. ANDRÉ, Le lit de Jocaste, in J. ANDRÉ *et alii*, *Incestes*, PUF, 2001.

⁴² J-M. USEO, *op. cit.*, p7 s.

entre le fait incestueux et sa réprobation juridique. En définitive, à sa racine même, la notion d'inceste entretient une relation trouble entre fait, morale et droit.

Les liens confus entre droit et morale ne sont toutefois pas propres au traitement juridique de l'inceste. À l'origine, et aujourd'hui encore pour les droits religieux⁴³, il n'y avait de morale que par les préceptes religieux⁴⁴ et le droit était celui issu des règles religieuses⁴⁵. Dès lors, Droit, Morale et religion ne peuvent qu'être étroitement liés⁴⁶. Si la sécularisation du Droit aura permis d'éloigner, *-partiellement seulement*⁴⁷, la morale religieuse de l'édition des normes juridiques, elle n'aura pas réussi à en détacher totalement la morale, cette dernière renaissant alors sous la forme d'une morale dite « laïque »⁴⁸. La Doctrine civiliste française quant à elle, ayant adhéré au jusnaturalisme, assimile droit et morale jusqu'à la seconde moitié du XIX^e siècle⁴⁹.

L'idée d'une séparation entre droit et morale peinera par la suite à prendre forme. Même en considérant le droit comme un système de normes autonome⁵⁰, celui-ci ne peut s'affranchir de justifications substantielles⁵¹, qui peuvent difficilement trouver leur source ailleurs que dans les théories morales ou la tradition religieuse d'une société⁵². Alors, bien-sûr, séparer droit et morale ne veut pas dire qu'il ne doit subsister aucun point d'accroche entre le droit et la morale, mais seulement que le droit ne doit pas s'appuyer uniquement sur la morale⁵³. Néanmoins, même ainsi formulée, - *ou, devrait-on plutôt dire, puisqu'ainsi formulée !* -, la frontière entre droit et morale ne peut qu'apparaître « mystérieuse »⁵⁴, et rend difficile le discernement du subtil commerce qu'entretiennent ces deux entités entre elles⁵⁵. L'idée résiduelle mais certaine selon laquelle il demeure un lien entre droit et morale reste une bien maigre consolation, tant la notion même de « lien » est équivoque : celle-ci renvoie à la fois à l'idée d'union et de séparation⁵⁶. À cet égard, ce

⁴³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p207 s.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », D. 2005. 1508., parlant de l'ancien Droit : « *Confondant profane et religieux, mêlant l'illicite au péché, le droit de l'Ancien régime, tout imprégné de droit canon, soumettait la sexualité humaine à un corpus normatif très contraignant* ». Voir cependant M. WEBER, *op. cit.*, qui note la particularité du droit hébraïque qui distingue ce qui est purement religieux et ce qui est juridique (Halaka et Hagada). Voir également : F. ZENATI-CASTAING, « La nature savante du droit commun », RIDC, 2016.

⁴⁶ M. MEKKI, Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011.

⁴⁷ C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, EUB, 1990, p374 s.

⁴⁸ J. CAZENEUVE, *L'avenir de la morale*, Editions du rocher, 1998, p43 s.

⁴⁹ E. MARTIN-HOCQUENGHEM, Droit et morale dans la doctrine civiliste française, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *op. cit.*

⁵⁰ M. WEBER, *op. cit.*

⁵¹ D. FENOUILLET, Propos introductifs, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *op. cit.*

⁵² C. LE TERTRE, *La religion et le droit civil du mariage*, Defrénois, 2004, p57 s.

⁵³ D. FENOUILLET, Propos introductifs..., préc.

⁵⁴ M. MEKKI, préc.

⁵⁵ D. ALLAND, « Les mœurs sont-elles solubles dans le Droit ? », *Droits*, n°19, 1994, p3 s.

⁵⁶ M. MEKKI, Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011.

qui les unirait serait une forme de consubstantialité⁵⁷, tandis que ce qui les différencierait tiendrait à leurs sources, leurs finalités ou leurs sanctions respectives⁵⁸. Indiscutablement, la morale demeure une source d'inspiration du droit, -sa « *sève* »⁵⁹-, et la règle juridique qui en est l'expression en porte la marque⁶⁰. Pour certains, en réalité, droit et morale joueraient à un véritable « *jeu de raquettes* »⁶¹. La difficulté tient également du fait que depuis l'époque moderne, la morale sociale semble être primée par une morale négociée entre individus autonomes, morale qui prend forme de loi par l'intercession du Droit. Aussi, cette mutation contractualiste de la morale « *emporte inmanquablement dans son mouvement ce qu'il pouvait rester de spécifique dans la morale par rapport au droit* »⁶².

Nonobstant, cette proximité fait naître des interrogations d'ordre politique : le fait que le Droit soit pieds et mains liés à la morale, et donc potentiellement moralement orienté⁶³, peut gêner⁶⁴. Développée par Mill, l'idée que l'Etat doit rester neutre politiquement et donc s'abstenir de toute ingérence inutile dans la morale⁶⁵ est alors présentée comme une condition *sine qua non* de l'épanouissement personnel de l'Homme⁶⁶. Exaltant l'autonomie individuelle, Mill critique en effet l'interventionnisme étatique qui nuirait, en figeant les comportements, à la tendance naturelle qu'a l'humain au progrès⁶⁷. L'Etat ne devrait, selon lui, qu'assurer la coexistence des libertés individuelles⁶⁸. On abandonnerait ainsi une approche attractive proclamant la primauté du *bien*⁶⁹ sur le *juste*⁷⁰ au profit d'une approche impérative, d'origine kantienne⁷¹, faisant primer le *juste* sur le *bien*⁷². Si cette idée a séduit et est au cœur de nos conceptions sociétales actuelles, elle reste timide et n'ose se décliner en une neutralité *morale* de l'Etat (et non plus seulement *politique*). Entre

⁵⁷ M. MEKKI, préc. et D. FENOUILLET, Propos introductifs..., préc.

⁵⁸ O. DESCAMPS, Ancrages historiques, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *op. cit.*, qui relève que, malgré des nuances possibles, la morale se distinguerait du Droit en ce qu'elle aurait pour source une révélation divine ou une prise de conscience, comme finalité le perfectionnement de la personne humaine et une sanction interne. Pour une analyse beaucoup plus originale des dissemblances entre Droit et Morale, voire : C. PERELMAN, *op. cit.* p358 s., qui remarque que les règles de Droit se caractérisent par leur codification, que le Droit nécessite une formation particulière pour être manié et qu'il protège l'individu *via* la présomption d'innocence (là où un simple soupçon d'immoralité fait tomber la réputation d'une personne).

⁵⁹ M. MEKKI, *op. cit.*

⁶⁰ Ph. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », RTD Civ. 1990. 625.

⁶¹ D. FENOUILLET, Propos introductifs..., préc.

⁶² F. ZENATI, « Le procès, lieu du social », APD, 1995.

⁶³ S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Thèse, Paris, 2014, p231 s.

⁶⁴ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p25 s.

⁶⁵ D. ROMAN, préc.

⁶⁶ Ph. PORTIER, « Droit et liberté dans la pensée politique au XIX^e siècle », Droits, n°19, 1994, p37 s.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ R. OGIEN, *Mon dîner chez les cannibales (et autres chroniques du monde d'aujourd'hui)*, Grasset, 2016, p40 s. rappelle que « *Le bien concerne le rapport à soi et le style de vie que chacun adopte ou devrait adopter* ».

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset & Fasquelle, 2004, p9 s. et R. OGIEN, *Mon dîner...op. cit.*, qui considère que le juste est universel là où le bien est relatif.

⁷² Ch. LARMORE, *Modernité et morale*, PUF, 1993, p45 s.

les deux pourtant, il n'y a qu'un pas, que Ruwen Ogien franchit sans problème⁷³. Pour lui, la neutralité relative aux conceptions du bien ne doit pas être cantonnée au domaine politique, et doit s'étendre à la morale⁷⁴, dont l'Etat, inévitablement, est l'agent⁷⁵.

Le passage de l'un à l'autre n'était pourtant pas un obstacle conceptuel insurmontable : le lien entre philosophie politique et philosophie morale est si fort⁷⁶ que le principe de neutralité politique se justifie moralement⁷⁷. Pour le dire autrement, le libéralisme politique n'est pas un non-choix moral⁷⁸; tout au contraire, il constitue une exigence morale⁷⁹.

Cette analyse prend tout son sens en droit de la famille. Cette branche du droit se trouve en effet en première ligne lorsqu'il est question des rapports entre droit et morale.

De par son objet en premier lieu, le droit de la famille ne peut rester indifférent à une forme de normativité sociale et morale. Si la question de savoir si le droit a le pouvoir ou le devoir d'agir sur la famille reste en suspens⁸⁰, il est incontestable que la famille, en tant que telle, est une notion naturellement demandeuse de normes⁸¹. La famille est un concept difficile à définir⁸², fuyant⁸³, dont l'essence même ne pas fait pas consensus⁸⁴. Inutile de faire appel au Droit pour venir au secours de cette difficulté : celui-ci ne définit pas la famille⁸⁵, ne faisant qu'user de la notion à travers certaines expressions telles que « conseil de famille » ou « livret de famille »⁸⁶. Pourtant, avec la propriété et le contrat, la famille constitue un « *pilier fondamental* » de l'ordre social et juridique⁸⁷.

⁷³ J-B. LE BOHEC, « Le droit et l'éthique minimale de Ruwen Ogien », 2016 (communication personnelle).

⁷⁴ R. OGIEN, Jusqu'où sommes-nous moralistes ? in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.

⁷⁵ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *La philosophie morale*, PUF, 3^{ème} édition, 2013, p49 s.

⁷⁶ M. CANTO-SPERBER, Des valeurs partagées par toutes les cultures..., in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.

⁷⁷ H. L. A. HART, « La moralité du Droit », *Droits*, n°19, 1994, p105 s.

⁷⁸ A. BOYER, « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », *APD*, 2004, p276 s.

⁷⁹ M. MARZANO, *L'éthique appliquée*, PUF, 2^{ème} édition, 2015, p12 s.

⁸⁰ H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du Droit de la famille », *APD*, tome 20, 1975, p75.

⁸¹ G. RADICA, *Philosophie de la famille : communauté, normes et pouvoirs*, Vrin, 2013, p7 s. qui s'interroge sur la question de savoir si les normes précèdent la famille (conception naturaliste), sont construites par la société (conception relativiste) ou sont autonomes et voulues (conception volontariste).

⁸² P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, 2013, p1 s.

⁸³ C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 6^{ème} édition, 1999, p13 s.

⁸⁴ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *Droit de la famille*, par Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016, p17 s. : S'agit-il seulement, comme le proposent ces auteurs, de l'union de personnes qui s'aiment et prenant en charge un enfant ?

⁸⁵ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁸⁶ F. GRANET-LAMBRECHTS & P. HILT, *Droit de la famille*, PUG, 5^{ème} édition, 2015, p7 s. articles 398 Cc et suivants pour le « conseil de famille » par exemple et 28-1 Cc pour le « livret de famille ».

⁸⁷ *Ibidem* ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p18 s ; A. MIRKOVIC, *Droit de la famille et des personnes*, Studyrama, 4^{ème} édition, 2014, p1 s. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme, affirme quant à elle, aux termes de son article 16, que « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société* ».

Au demeurant, on peut retenir deux approches de la famille : si la famille est avant tout un *phénomène social*⁸⁸, qui endosserait des fonctions sexuelle⁸⁹, biologique⁹⁰, politique⁹¹, sociale⁹², culturelle⁹³, morale⁹⁴, économique⁹⁵, et même, fut un temps, religieuse⁹⁶ (vaste mission !), elle est également une *institution juridique*⁹⁷, qui transcende la simple relation entre individus et concerne, par le jeu des représentations symboliques collectives qu'elle véhicule⁹⁸, la société toute entière⁹⁹. *In fine*, la famille serait un phénomène naturel, modelé par le Droit, constamment dans l'attente d'une politique législative pour l'orienter¹⁰⁰. Pour certains, cependant, la difficulté tient à ce qu'en la matière le fait est l'égal du Droit¹⁰¹ et que la famille apparaît dès lors indivisiblement naturelle et juridique... Aussi, mû par les normes régissant la famille¹⁰², le Droit de la famille est amené inévitablement à raisonner, comme elle, en termes de « *normalité* » et de « *déviante* »¹⁰³.

De par le rôle qu'on lui fait endosser, en second lieu, le droit de la famille est intimement lié à la morale¹⁰⁴. D'aucuns disent que cette branche du droit est de loin la plus imprégnée de morale¹⁰⁵. Influencée par la morale¹⁰⁶, influencée par les mœurs¹⁰⁷, influençant les mœurs¹⁰⁸, qui

⁸⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p7 s.

⁸⁹ A-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p10 s.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ C. MARIE & A. CATHELINEAU-ROULAND, *Droit de la famille*, Bréal, 2016, p1 s.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p7 s.

⁹⁴ C. COLOMBET, *op. cit.*

⁹⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, pour qui la famille serait à la fois une unité de consommation et une unité de production, indispensable donc aux échanges et à la survie économique de la société.

⁹⁶ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

⁹⁷ G. CORNU, *op. cit.*, p7 s. et J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, LGDJ, 7^{ème} édition, p199 s.

⁹⁸ M. DOURIS, *L'enfant à particularités*, Thèse, Lyon III, 2006, n°40 s. qui écrit : « *« Le droit participe de la formation du psyché et exerce une influence majeure sur notre structure mentale »*. Voir aussi : A-C. AMBROISE-RENDU, préc.

⁹⁹ C. NEIRINCK, Les empêchements fondamentaux du mariage, in *La liberté fondamentale du mariage* (O. LEDUCQ et J-J. LEMOULAND (dir.)), PUAM, 2009, p129 s. Voir aussi D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », APD, n°57, 2014.

¹⁰⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.* et A. BATTEUR, *Droit des personnes, op. cit.*, p17 s.

¹⁰¹ D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », APD, n°57, 2014.

¹⁰² A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste... », préc.

¹⁰³ S. BENISTY, *op. cit.*, p7 s.

¹⁰⁴ A-M. LEROYER, *Droit de la famille, op. cit.*, p66 s. qui relève que le droit de la famille est « *incontestablement pénétré de règles morales* » et E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges Voinin*, 1967, p678.

¹⁰⁵ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil, 3^{ème} volume, La famille*, par L. LEVENEUR, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1995, p9 s. ; J-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, p34 s. ; F. GRANET-LAMBRECHTS & P. HILT, *op. cit.*

¹⁰⁶ C. COLOMBET, *op. cit.*

¹⁰⁷ A. BATTEUR, *Droit des personnes...*, *op. cit.* p17 s. et D. ALLAND, préc., pour qui sa proximité avec les mœurs est une condition de son efficacité.

¹⁰⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, et C. LARRÈRE, « Droit et mœurs chez Montesquieu », *Droits*, n°19, 1994, p11 s. pour qui cette volonté de changer les mœurs par le droit est inutile voire dangereux, et qui considère qu'il vaudrait mieux changer les mœurs par d'autres mœurs, quitte à les farder de l'apparat de la loi.

sont elles-mêmes influencées par la morale¹⁰⁹, le droit de la famille serait, dans ce jeu de rapports complexes¹¹⁰, le « *trait d'union* »¹¹¹ entre la morale et les mœurs¹¹².

Cette imprégnation réciproque appelle deux remarques : la première concerne l'adaptation de la loi aux mœurs et pose une question de théorie juridique cruciale, celle de l'indépendance du droit par rapport au fait social¹¹³ ; la seconde concerne la fonction prophylactique du droit¹¹⁴, -que l'on lui reconnaît autant qu'on lui assigne !-, puisqu'elle interroge sur l'efficacité d'une telle mission, notamment dans son versant négatif (c'est-à-dire dissuasif). À cet égard, la Professeure Fenouillet considère que les règles juridiques ne peuvent espérer avoir un tel effet qu'à la double condition que ce soient les personnes concernées *per se* qui subissent les conséquences de leur choix, et que la sanction juridique intervienne à un stade où le choix est encore possible pour elles¹¹⁵. À défaut de quoi, le droit ne pourrait prétendre être la cause de tel ou tel choix personnel¹¹⁶.

Normatif et moral, le droit de la famille en devient normatif sur le plan moral. À l'évidence, un glissement intervient entre la réception juridique des idées de « normalité » et de « déviance » et une certaine appréciation morale¹¹⁷. D'où il s'ensuit que la normalité, jugée bonne, est promue, tandis que la déviance, considérée intrinsèquement vicieuse¹¹⁸, est *a priori* réprouvée par lui.

Dès lors, le législateur, en matière familiale, devient un éducateur moral¹¹⁹ qui, à travers la loi civile, « *dit ce qui est mal et ce qui est bien* »¹²⁰, protège et récompense les comportements qu'il juge bons¹²¹ et ignore voire sanctionne positivement ceux qu'il juge mauvais¹²². En d'autres termes, le droit de la famille prône de fait un modèle de type conception substantielle du *bien*¹²³, et notamment une morale sexuelle¹²⁴, qu'il impose à travers les outils dont il dispose¹²⁵, tels que les conditions de validité du mariage¹²⁶, de la prise en compte ou non de relations de famille etc.¹²⁷

¹⁰⁹ D. ALLAND, préc.

¹¹⁰ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p17 s. et C. COLOMBET, *op. cit.*

¹¹¹ M. MEKKI, préc.

¹¹² Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

¹¹³ D. ALLAND, préc.

¹¹⁴ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

¹¹⁵ D. FENOUILLET, La filiation plénière, un modèle en quête d'identité, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, p519 s

¹¹⁶ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p352 s., voir aussi R. NERSON, « Réflexions sur la notion de filiation illégitime », in *Mélanges Brèthe de Gressaye*, 1967, p575 s. et V. VOISIN, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », LPA, 2004, n°71, p13.

¹¹⁷ Bentham lui-même regrettait cette moralisation de la normalité par le Droit qu'il qualifiait alors d' « ipsedixitisse ».

¹¹⁸ Indifféremment des conséquences, bonnes ou mauvaises, qu'elle peut entraîner.

¹¹⁹ M. MEKKI, préc.

¹²⁰ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

¹²¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*

¹²² C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en Droit de la famille*, L'Harmattan, 2001, p65 s.

¹²³ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, Modèles et normes en droit contemporain de la famille, in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p281.

¹²⁴ *Contra* : C. NEIRINCK, préc., qui refuse de voir dans les règles juridiques régissant le mariage l'imposition d'une quelconque morale sexuelle.

Et c'est ainsi que la sanction civile, simple réaction du droit à ce qui vient en contradiction à ce qu'il édicte¹²⁸, devient punition¹²⁹. Dans cette perspective, le lien entre droit de la famille et morale devient si étroit que certaines règles juridiques ne sont plus simplement *inspirées* de la morale, mais apparaissent comme des *transcriptions directes* de règles morales !¹³⁰

Il en va ainsi pour l'interdit de l'inceste : si son origine morale ne fait aucun doute pour la Doctrine¹³¹, sa réception immédiate par le système juridique –« *dans ce domaine, morale et droit vont de pair* »¹³²– peut sembler aujourd'hui surprenant. Pourtant, c'est bien ce qui a été voulu par les rédacteurs du Code civil. « *Le législateur, tout le monde en convient, a voulu punir l'inceste* » soulignait déjà Marcadé en 1873¹³³.

Toutefois, une telle réception de l'inceste par la législation, qui privilégie une conception du bien sexuel et familial¹³⁴, semble aujourd'hui dépassé pour un Droit libéral qui s'applique de plus en plus à préférer un modèle de type conception du *juste*. Aussi, sans remettre en question le rôle moral du Droit de la famille, il devrait être possible d'engager une réflexion morale plus générale. Fort conscients du fondement moral de certaines règles juridiques, les juristes ont pris l'habitude de recourir à l'argumentation *morale* dans les débats *juridiques*¹³⁵, essayant d'évaluer la pertinence de règles juridiques ainsi que leur cohérence par rapport au système préexistant¹³⁶. Kantisme¹³⁷ et utilitarisme¹³⁸ sont ainsi souvent appelés à la rescousse, mais le plus souvent, très maladroitement¹³⁹. Ces références à des théories morales particulières ne sont malheureusement

¹²⁵ X. LABBÉE, préc.

¹²⁶ O. DESCAMPS, préc.

¹²⁷ M. LAMARCHE & J.-L. LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, V^o Mariage, juin 2016, §1, n^o6.

¹²⁸ M. DE JUGLART, *Cours de droit civil*, Tome I, Premier volume, Introduction Personnes – Famille, Montchrestien, 10^{ème} édition, p20 s.

¹²⁹ L.-A. BARRIRÈRE, *Propos introductifs*, in B. MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, L'Harmattan, 2007.

¹³⁰ J. CARBONNIER, « La religion, fondement du Droit ? », APD, 1993, p17 s. qui écrit que « *Il est des règles de droit qui résonnent comme des échos de prescriptions religieuses* ». Voir aussi : C. COLOMBET, *op. cit.* et J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille...op. cit.*

¹³¹ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste... », préc.

¹³² I. CORPART, préc.

¹³³ V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Tome II, 7^{ème} édition, Delamotte & fils, 1873, p53 s.

¹³⁴ R. OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, 2003, p1 s.

¹³⁵ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p5 s. ; C. PERELMAN, *op. cit.*, p345 s. et C. HALPERN, préc.

¹³⁶ Ph. JESTAZ, préc. ; J. CAZENEUVE, *op. cit.*

¹³⁷ E. PICAUVET, « Peut-on confier à l'utilitarisme les problèmes de ce monde ? », *Communio* n^o25, 2005, p55 s.

¹³⁸ R. OGIEN, *La panique morale, op. cit.*, p193 s.

¹³⁹ On ne peut s'empêcher de reproduire ici les litanies de désespoir formulées par F. DEKEUWER-DÉFOSEZ, *Enjeux éthiques...*, préc.: qui parle de « *l'utilisation patante et approximative de discours philosophiques complexes par des parlementaires ou des magistrats juristes de formation, mais contraints de trouver dans la philosophie des références extérieures à leurs choix juridiques, qui permettent de les justifier* » ; par R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p5 s. qui considèrent qu'il est « *fâcheux que, dans les débats portant sur des questions d'éthique concrète, on se serve des philosophes comme un homme saoul se sert d'un lampadaire non pour y voir plus clair mais simplement pour s'y appuyer.* » ; et par J. IMBERT, *La liberté individuelle chez Platon, Kant et Rousseau in Actes du 3^{ème} Congrès de la Société internationale d'études kantienne de la langue française : Droit et vertu chez KANT*, (Athènes, 14-17 mai 1997) pour qui « *le juriste a quelque peine à interpréter certaines pensées de Kant* ». Pour une analyse critique plus détaillée de l'utilisation opportuniste de la référence kantienne : S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *“Kant contre Jéhovah ?”* », *Refus de soins et dignité de la*

pas pertinentes : aucune théorie morale ne semblerait prévaloir dans notre société actuelle française¹⁴⁰. Ni l'utilitarisme¹⁴¹, ni le kantisme ? On veut bien en convenir¹⁴². Aucune ? Pas si sûr. En effet, il semblerait qu'une conception morale triomphe chaque jour un peu plus : le minimalisme moral. Selon cette philosophie économe, le taxon moral se réduirait à l'unique règle d'or suivante : « Ne pas nuire à autrui »¹⁴³. Mais alors...le droit de l'inceste est-il infléchi par cette tendance ?¹⁴⁴

Force est de constater que le droit de l'inceste reste sévère, rigide, réprobateur. Son rapport à l'inceste est sans pitié : « *il le chasse, il le proscriit, il le bonnit, dans l'opprobre* »¹⁴⁵. A cet égard, les règles de droit s'apparentent à des « *sabres* » qui s'abattent sur l'indésirable¹⁴⁶. Et pour cause ! La prohibition de l'inceste étant perçue comme le pilier de la famille et le droit de la famille¹⁴⁷ s'appuyant -c'est un truisme de le dire- sur la famille, la prohibition de l'inceste est inévitablement considérée comme l'étaï de cette branche du droit¹⁴⁸.

Cette hostilité juridique se doubla d'ailleurs longtemps d'une pudeur terminologique malade¹⁴⁹, l'inceste n'étant jusqu'à très récemment pas défini¹⁵⁰ ni même nommé par la loi¹⁵¹. Si c'est désormais chose faite en matière pénale, le droit civil reste quant à lui toujours prude d'un point de vue linguistique¹⁵². Cette différence de traitement est à mettre en perspective avec la différence de finalités de l'un et l'autre de ces deux domaines juridiques : le premier réprime les violences incestueuses, là où le second s'interroge sur la réception dans le système juridique de situations d'inceste (unions incestueuses, enfants incestueux) et des droits qu'ils leur sont

personne humaine. Analyse critique des usages (para)juridictionnels et doctrinaux de l'argument kantien », D. 2004. Chron. 3154.

¹⁴⁰ M. MARZANO, *op. cit.*, p22 s. ; A. MACINTYRE (1981), *Après la vertu*, traduction L. Bury, PUF, 1997, et aussi, bien-sûr : R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p49 s.

¹⁴¹ En tout cas dans la version complètement désuète qui est utilisée par les juristes : E. PICAVET, « Peut-on confier à l'utilitarisme les problèmes de ce monde ? », *Communio* n°25, 2005, p55 s.

¹⁴² Ph. JESTAZ, préc.

¹⁴³ A. BENABENT, L'ordre public en droit de la famille, in T. REVET *et alii*, *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p 27 s. et M. MEKKI, préc.

¹⁴⁴ Même si elle est rarement employée, nous nous permettons d'utiliser l'expression « droit de l'inceste », puisqu'elle est parfois utilisée par la Doctrine. Voir notamment : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Filiation adoptive sur filiation incestueuse ne vaut », RLDC 2004-3, n°107.

¹⁴⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p301 s.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ pénal comme civil

¹⁴⁸ D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose.

¹⁴⁹ D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », D. 1988, chron. 213.

¹⁵⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*

¹⁵¹ S. GINCHARD & T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, V° Inceste

¹⁵² F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Tome IV, 3^{ème} édition, Bruylant, 1878, p206 s.

applicables. En ce sens, le droit positif, formellement en tout cas, distingue bien d'un côté l'inceste consenti, de l'autre l'inceste subi¹⁵³.

Plus spécifiquement, s'agissant du droit pénal, qui sanctionne les comportements dangereux¹⁵⁴, le phénomène incestueux s'est vu opposer un traitement variable au cours du temps. À l'origine, le simple fait incestueux était passible de mort¹⁵⁵. Refusant d'endosser une mission morale ou religieuse¹⁵⁶, le législateur aura retiré l'infraction d'inceste du Code pénal en 1791¹⁵⁷, tolérant ainsi, -contrairement à d'autres pays-¹⁵⁸, les relations sexuelles incestueuses pratiquées entre adultes consentants¹⁵⁹. Toutefois, certaines règles de Droit permirent tout de même de couvrir l'inceste sans le nommer : ainsi, la position d'ascendant.e constitue une circonstance aggravante du viol, de l'agression sexuelle et de l'atteinte sexuelle lorsque cette dernière est commise sur un mineur de quinze ans, et est un élément constitutif de l'atteinte sexuelle si celle-ci est commise sur un mineur de plus de quinze ans¹⁶⁰. En 2010, néanmoins, fut introduite une surqualification pénale permettant de « labéliser » certaines infractions sexuelles d'incestueuses¹⁶¹. Cette politique législative avait pour objectif d'offrir une reconnaissance symbolique aux victimes mais aussi de faciliter les statistiques sur les violences intrafamiliales¹⁶². Jugée contraire au principe de légalité des délits et des peines puisque s'appuyant sur la notion imprécise de « famille »¹⁶³, la disposition fut abrogée par le Conseil constitutionnel un an plus tard¹⁶⁴. Finalement, corrigée pour être conforme aux exigences de la loi pénale, la disposition fut réintroduite en 2016 au visa de l'article 222-31-1 CP. La loi nouvelle n'est pas pour autant exempte de défauts¹⁶⁵ : elle ignore les violences sexuelles entre cousins ainsi qu'entre grand-oncle

¹⁵³ T. HOCHMANN, « L'amour, l'inceste, et l'intérêt protégé » en droit pénal constitutionnel », *Droits* n° 24, p147 s. ; P. VANNIER, *Fiches de Droit de la famille*, Ellipses, 4^{ème} édition, 2015, p298 s., qui part en guerre contre la vision populaire de l'inceste : « *La pédophilie n'est pas nécessairement incestueuse et l'inceste ne se limite pas à des relations entre personnes d'une même famille dont l'une serait majeure et l'autre mineure.* »

¹⁵⁴ S. GINCHARD & T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, V° Droit pénal.

¹⁵⁵ J-S. LOISEAU, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1811-1819, p759 s. ; M. GENDREL, « Les atteintes aux mœurs entre membres de la même famille », *Rev. Pénit.* 1963.32 ; I. CORPART., préc. ; A. BOURRAT-GUEGUEN, « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur des mineurs dans le Code civil », *Dr. Fam.* 2010, n°6, étude 15.

¹⁵⁶ P. VANNIER, *op. cit.*

¹⁵⁷ J-S. LOISEAU, *op. cit.* et D. ROMAN, préc.

¹⁵⁸ On relève ainsi l'Allemagne, le Danemark, l'Angleterre, et la Suisse qui répriment l'inceste même consenti. En Italie, pour qu'une relation sexuelle incestueuse entre adultes consentants constitue une infraction, il faut qu'elle soit notoire. Voir la note de synthèse du Sénat sur la répression de l'inceste : <https://www.senat.fr/lc/lc102/lc1020.html>. Pour une étude plus ancienne : C. GUÉRY, « L'inceste : étude du droit pénal comparé », *D.* 1998. 47.

¹⁵⁹ Et même entre adolescents dès lors qu'ils sont véritablement consentants ! D. GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010. 599.

¹⁶⁰ Articles 222-24, 227-26 et 227-27 du Code pénal.

¹⁶¹ C. POMART-NOMDEDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, des liaisons dangereuses », *Dr. Fam.* 2010, *Etudes* 20.

¹⁶² A-M. LEROYER, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.* 2010. 381.

¹⁶³ D. GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010. 599.

¹⁶⁴ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC et Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC

¹⁶⁵ L. PELLETIER, « La réintroduction de l'inceste dans le Code pénal : de précision en interrogations », note sous *Ln°2016-297*, 14 mars 2016 et *Circ.* 7 avril 2016, *Gaz. Pal.* 24 mai 2016, n°19.

ou tante et petit-neveu ou nièce¹⁶⁶ et ne permet pas de couvrir les violences incestueuses subies *par* des adultes, incohérence conceptuelle déjà relevée en 2010 par la Doctrine¹⁶⁷. Plus généralement, certains condamnent tout simplement sa mention dans la loi, qui affaiblirait l'interdit en l'extériorisant¹⁶⁸. En tout état de cause, quelle que soit la position adoptée – ignorance ou prise en compte par le Droit -, la solution retenue fera des mécontents¹⁶⁹.

De son côté, le droit civil, qui régit les rapports des personnes privées entre elles¹⁷⁰, semble tout aussi frileux, voire plus, quand il s'agit de plonger dans le problème de l'inceste. Il le « camoufle »¹⁷¹, met « toute sa force à [en] nier l'existence », le rejette dans le « néant »¹⁷²... bref, comme le résume bien Laurent : « l'inceste reste caché, légalement il n'y en a pas »¹⁷³. Pour arriver à ses fins, le droit civil de l'inceste recourt à deux subterfuges : il refuse d'institutionnaliser les unions incestueuses et s'applique à maintenir dans l'ombre l'enfant qui pourrait en naître¹⁷⁴. Dès lors, la famille incestueuse n'apparaît qu'à « contre-jour »¹⁷⁵, par le seul biais des interdits qui trahissent son existence¹⁷⁶. Cette situation n'est pas le résultat d'un effet malheureux d'une loi maladroite, mais celui d'un véritable choix législatif conscient. Josserand écrit ainsi à propos de l'enfant incestueux :

*[Il] doit rester à l'état d'épave, de paria ; c'est le vœu du Code civil, qui au nom de la morale outragée et dans l'intérêt de la société, entend qu'un voile soit posé sur l'origine coupable de la filiation, et qui, par une méthode de réversibilité bien cruelle, rejette sur l'enfant la faute des parents.*¹⁷⁷

Aussi, il paraît difficile d'étudier « *Le droit civil de l'inceste* » ou de traiter de « *L'inceste en droit civil* » sans risquer de masquer la véritable relation conflictuelle qui règne entre le fait incestueux et le droit civil, tant le second, oscillant entre gêne et rejet, est dans un rapport d'évitement avec le premier. C'est pourquoi il nous semble plus révélateur de titrer notre étude « *L'inceste et le droit civil* »¹⁷⁸.

¹⁶⁶ A. DENIZOT, « Définition de l'inceste : peut mieux faire ! », RTD Civ. 2016. 462.

¹⁶⁷ A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal », JCP 2010, chron 33. et A-M. LEROYER, préc.

¹⁶⁸ A. GREPILLAT, « L'inceste comme tabou au regard de la Loi », *Lettre d'information du Criaus Rhône-Alpes*, octobre 2011, n° 24. et A-C. AMBROISE-RENDU, préc.

¹⁶⁹ D. GUEVEL, « La famille incestueuse... », préc.

¹⁷⁰ S. GINCHARD & T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, V° Droit civil.

¹⁷¹ D. MAYER, préc.

¹⁷² J-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Thèse, Paris, 1991, p26 s.

¹⁷³ F. LAURENT, *op. cit.* Plus récemment : C. GRIS, *op. cit.*

¹⁷⁴ J-P. BRANLARD, *op. cit.* et R. HOUIN, « Une réforme nécessaire : la créance alimentaire des enfants adultérins et incestueux », JCP, 1946. 1. 521.

¹⁷⁵ D. GUEVEL, « La famille incestueuse », préc.

¹⁷⁶ C. NEIRINCK, « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille », *Droit et famille*, novembre 2011.

¹⁷⁷ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Recueil Sirey, 3^{ème} édition, 1938, p703.

¹⁷⁸ Nous aurions aimé l'appeler « Inceste *versus* droit civil » mais nous craignîmes que cela ne paraisse pas assez sérieux.

De même, nous avons choisi de circonscrire notre champ de recherche au domaine du droit civil parce qu'il nous semble que le cœur de la réaction à l'inceste se trouve dans les règles *prohibitives* du droit civil, qui cherchent à faire disparaître le fait incestueux en l'empêchant d'être institutionnalisé, et non dans les règles *répressives* du droit pénal, qui ont, au contraire, pour but de le révéler pour le punir. Surtout, l'inceste définit en creux la notion de famille dont le droit civil a la charge de déterminer les contours. C'est donc sur elles que nous avons préféré consacrer notre attention.

D'un point de vue purement technique, la réprobation civiliste des unions incestueuses se traduit par la consécration d'empêchements à mariage et d'empêchements à PACS.

Pour comprendre l'état actuel du droit, il faut avoir à l'esprit que notre Code civil est l'héritier d'une évolution libérale timorée. Pour les canonistes, comme pour les romanistes avant eux¹⁷⁹, « *l'inceste est abominable* »¹⁸⁰. Aussi, après les exubérances des IX^e et XI^e siècles, l'Église cherche à remettre de l'ordre¹⁸¹ et réaffirme l'interdit de l'inceste¹⁸². En ce sens à l'origine, les unions étaient prohibées en droit canon entre personnes d'une même famille jusqu'au 14^{ème} degré¹⁸³. L'interdit fut réduit de manière notable au XIII^e siècle puis au XX^e siècle¹⁸⁴ et la disposition prévoyant un empêchement pour cause de parenté spirituelle fut abandonnée avec l'adoption du Code de droit canonique de 1983¹⁸⁵. Le droit civil a connu le même destin en réduisant pas à pas le domaine de l'interdit, sous l'influence de la tendance libérale dominante. Depuis 1804, le Code civil aura ainsi connu quatre inflexions en matière de mariage¹⁸⁶ : la loi du 16 avril 1832 prévoyant la possibilité de dispense pour épouser un ex-beau-frère ou une ex-belle-sœur, la loi du 1^{er} juillet 1914 permettant le libre mariage entre ex-alliés dans le cas où l'union créant l'alliance a été dissoute par décès, la loi du 10 mars 1938 prévoyant la possibilité de dispense et la loi du 11 juillet 1975 autorisant le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs. Malgré ces infléchissements, il convient d'admettre que le Code civil demeure encore spartiate¹⁸⁷.

Concernant les empêchements à mariage tout d'abord : aux termes des articles 161 à 164, 342-7 et 366, il prohibe un nombre important d'unions lorsque les prétendants sont déjà unis

¹⁷⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p77 s.

¹⁸⁰ M. BERNOS *et alii*, *Le fruit défendu – les chrétiens et la sexualité de l'antiquité à nos jours*, Le centurion, 1985, p94 s.

¹⁸¹ P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Tome III : Le droit familial*, PUF, 1968, p168 s.

¹⁸² M. BERNOS *et alii*, *op. cit.*

¹⁸³ P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-action, 7^{ème} édition, 2016-2017, n°112.21 s.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, PUF, 1996, n°228 s. et P. VALDRINI & alii, *Droit canonique*, Précis Dalloz, 1989, n°500 s.

¹⁸⁶ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste... », préc.

¹⁸⁷ P. MURAT (dir.), *op. cit.*

entre eux par un lien de parenté¹⁸⁸ (qu'il soit charnel, adoptif ou simplement probable) ou d'alliance¹⁸⁹.

S'agissant des empêchements pour cause de parenté, la loi civile interdit le mariage en ligne directe entre une personne et son ascendant.e ou son descendant.e, quel que soit le degré les séparant¹⁹⁰. Si la parenté n'est que probable (hypothèse d'un jugement condamnant un homme à verser des subsides pour l'enfant qu'il aurait potentiellement engendré), l'empêchement joue également. En ligne collatérale, le droit prohibe le mariage entre frères et sœurs¹⁹¹, ainsi qu'entre bénéficiaires de subsides d'un même homme, pour les mêmes raisons de parenté potentielle¹⁹². Aucun de ces interdits n'est susceptible d'être levé par dispense. En ligne collatérale toujours, mais cette fois-ci susceptible de dispense, la loi dirime l'union entre un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce¹⁹³.

Quant à la parenté adoptive, il convient de distinguer les liens résultant d'une adoption plénière et ceux résultant d'une adoption simple. Pour les *premiers*, l'adoption plénière créant un lien similaire à la filiation biologique¹⁹⁴, les mêmes empêchements s'appliquent entre l'adopté et sa nouvelle famille, si l'on en croit la Doctrine¹⁹⁵, unanime à ce sujet¹⁹⁶. Au surplus, les empêchements existant entre l'adopté et sa famille d'origine subsistent. Pour les *seconds*, le mariage est interdit en ligne directe entre adoptant et adopté (ou ses descendants) sans que cela soit susceptible de dispense. En ligne collatérale, le droit prohibe, sauf dispense, l'union entre adopté et enfant de l'adoptant ainsi qu'entre enfants adoptifs d'une même personne. De même que pour l'adoption plénière, le jugement prononçant l'adoption ne fait pas disparaître les empêchements entre l'adopté et sa famille d'origine¹⁹⁷.

S'agissant des empêchements pour cause d'alliance, visant les incestes dits de second type¹⁹⁸, la loi prohibe en ligne directe l'union entre une personne et le conjoint de son ascendant.e (parâtre ou marâtre) ou de son descendant.e (bru ou gendre), ainsi qu'entre une personne et

¹⁸⁸ La parenté renvoie au rapport de droit qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté ou ligne directe) ou qui descend d'un auteur commun (parenté ou ligne collatérale) : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p35 s.

¹⁸⁹ L'alliance renvoie au rapport de droit qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre : gendre et beau-père, beaux-frères, belles-sœurs etc. La notion juridique, relève le Doyen Carbonnier, est plus étroite que la notion courante, qui veut que deux familles s'unissent tout entier : J. CARBONNIER, *op. cit.*

¹⁹⁰ NB : l'ensemble des règles se sont bilatéralisées depuis la suppression de la condition d'altérité sexuelle dans la formation du mariage, changement introduit par la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013.

¹⁹¹ D'un arrêt interdisant l'union entre un homme et la fille de sa demi-sœur (CA, Rouen, 23 février 1982, D. 1982, IR211, Gaz Pal 1982.1 Somm. 179), la doctrine en a déduit que l'article 162 du Code civil, qui prohibe le mariage entre frères et sœurs couvre la fraternité germaine, mais aussi seulement consanguine ou utérine : A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014, p140 s.

¹⁹² A. BÉNABENT, *op. cit.*

¹⁹³ La Jurisprudence a étendu la prohibition jusqu'au 4^{ème} degré, soit entre grand-oncle ou tante et petit-neveu ou nièce : Cass. Req. 28 novembre 1877, DP 1878.1.209

¹⁹⁴ En vertu de l'article 358 du Code civil.

¹⁹⁵ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, V° Mariage, juin 2016, n°340.

¹⁹⁶ Ou quasi-unanime, à lire M. DOUCHY-OUDOT, *Personnes, Familles*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2015, n°514.

¹⁹⁷ En vertu de l'article 356 du Code civil.

¹⁹⁸ A. BATTEUR, *Droit des personnes...op. cit.*, n°841 s.

l'ascendant.e (beau-père ou belle-mère) ou le descendant.e (belle-fille ou beau-fils) de son conjoint. Ces interdits sont toutefois susceptibles d'être levés par dispense, si l'union qui créait l'alliance a été dissoute par décès¹⁹⁹. Les mêmes règles s'appliquent entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant (et vice-versa). En ligne collatérale, l'union entre beau-frère et belle-sœur est désormais clairement autorisée, tandis qu'entre un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce par alliance, la solution demeure entourée d'incertitudes²⁰⁰.

En cas de non-respect des règles, l'officier d'état civil doit refuser de célébrer l'union. Dans le même temps, la loi habilite certaines personnes à faire opposition²⁰¹, ce qui empêche alors l'officier de prononcer le mariage²⁰². Si par extraordinaire le mariage venait quand même à être prononcé, la sanction sera la nullité absolue, qui peut être demandée par toute personne intéressée²⁰³, ainsi que par le ministère public²⁰⁴. Outre la nullité, le juge peut condamner l'officier qui a prononcé le mariage illicite ou les époux eux-mêmes à des dommages et intérêts au profit de celui qui rapporterait que l'union lui a été préjudiciable²⁰⁵.

Concernant les empêchements à PACS, il convient de s'en référer à l'article 515-2 du Code civil, créé par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 qui a introduit le PACS en droit français. Modifié en 2007, celui-ci dispose désormais qu'un pacte civil de solidarité ne peut être conclu en ligne collatérale entre un ascendant.e et son descendant.e et entre alliés ainsi qu'en ligne collatérale jusqu'au 3^{ème} degré inclus. Le non-respect de ces règles expose également le pacte à la nullité absolue. La jurisprudence, quant à elle, a pu admettre la validité d'un PACS non-sexuel conclu entre deux hommes qu'une grande différence d'âge séparait, et qui se considéraient comme "père et fils"²⁰⁶, au grand dam de la Doctrine²⁰⁷, celle-ci y voyant à juste titre une violation de l'interprétation constitutionnelle dégagée par le conseil des neuf sages en 1999²⁰⁸ et qui pourtant s'impose en principe aux juges²⁰⁹.

¹⁹⁹ P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°112 s.: qui relève que si la dispense semble avoir été pensée pour que le veuf ou la veuve puisse épouser l'enfant d'un premier lit de son conjoint décédé, rien dans la lettre de l'article 164 ne permet d'en écarter l'application pour l'union entre un veuf ou une veuve et son beau-père ou sa belle-mère.

²⁰⁰ Cf *infra*.

²⁰¹ Articles 172 et suivants du Code civil.

²⁰² CA, Paris, 20 juin 1995, D. 1995, IR 192 ; et 29 avril 2003, D. 2003, 2716, obs Lemouland

²⁰³ Sur l'action d'un créancier : CA, Metz, 07 février 1854, D. 1854.2.217

²⁰⁴ Par exemple : T. Vienne, 28 décembre 1865, DP 1867.3.45

²⁰⁵ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p106 s.

²⁰⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 08 mars 2017, n° 16-18.685, inédit.

²⁰⁷ A. GOUËZEL, « Le PACS sans couple, une hérésie », D. 2017. 2038 ; M. SAULIER, « À quoi sert le PACS ? », D. 2017. 1292 ; J. HAUSER, « De la nature juridique du PACS », RTD civ. 2017. 358 et J. HOUSIER, « Un Pacs "entre père et fils" », RJPF, 2017, n°6.

²⁰⁸ Cons. Const. 09 novembre 1999, n° 99-419 DC.

²⁰⁹ En vertu de l'article 63 al2 de la Constitution. Voir aussi : X. SAMUEL, *Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel*, Cons. Constitutionnel 2007, p 13, cité par J. HOUSIER, préc.

Ceci étant dit, la réprobation juridique des unions incestueuses se manifeste également à travers l'interdiction d'établir, pour l'enfant issu d'une union incestueuse, sa filiation à l'égard de ses deux parents. Elle constitue en effet le simple corollaire des empêchements à mariage²¹⁰.

Là aussi, le Code civil se révèle l'héritier d'une évolution fébrile du droit. La condition de l'enfant incestueux a à cet égard connu une évolution « en yoyo » : lui étant assez favorable en droit romain, elle empire sous l'influence de l'Eglise au Bas-Empire²¹¹. Elle s'améliore sous le droit révolutionnaire avant de se dégrader de nouveau avec la rupture qu'effectue le droit nouveau²¹². La logique du droit canonique reste forte. L'Eglise, voulant prôner le mariage légitime comme modèle de vie, cherchait simplement à dissuader les autres unions d'éclorre en évinçant les bâtards, -et donc *a fortiori* les enfants issus d'inceste-, des successions²¹³. Notons toutefois que l'enfant incestueux avait néanmoins droit à des aliments, pouvait être confié à la garde de ses parents, et pouvait même porter le nom de son père²¹⁴. Il lui était seulement impossible d'hériter et de transmettre lui-même son patrimoine par héritage, ses biens revenant alors au seigneur, qui bénéficiait d'un « *droit de bâtardise* »²¹⁵. A ce titre, c'est bien cette promotion d'un modèle familial *pur* et de l'évincement des fruits *impurs* issus de relations autres qui se retrouve dans notre droit actuel.

Désormais, la règle en la matière est simple autant qu'elle est générale²¹⁶ : en vertu de l'article 310-2 du Code civil, anciennement 334-10, un enfant dont les parents sont interdits de mariage pour cause de parenté ou d'alliance en vertu des articles 161 et 162 ne pourra voir sa filiation établie qu'à l'égard d'un seul de ses deux parents. Cette disposition vise uniquement les enfants nés de relations adelphiques ou entre ascendant.e-descendant.e, c'est-à-dire les enfants nés d'un inceste *absolu*.

La loi civile ne différencie pas en fonction de la nature du premier lien établi (maternel ou paternel), ni du mode d'établissement (reconnaissance, possession d'état, action en justice), ni même du type de filiation (biologique ou adoptive). Sur ce dernier point d'ailleurs, la solution avait fait débat après qu'une cour d'appel eût autorisé qu'un parent adopte son enfant incestueux²¹⁷, alors que ce dernier avait déjà sa filiation établie à l'égard de sa mère. La décision de la cour d'appel avait fini par être cassée par la Haute Cour²¹⁸, notamment sous la pression de la

²¹⁰ Note D. VIGNEAU, D. 2004. 365.

²¹¹ M-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2012, p55 s.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant – Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Brill, 2008, p259 s.

²¹⁴ *Ibidem*

²¹⁵ *Ibidem*

²¹⁶ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p352 s.

²¹⁷ CA, Rennes, 24 janv. 2000, RG n° 99/02944

²¹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 06 janvier 2004, n° 01-01.600, Bull. civ. I, n°2.

Doctrines qui y voyaient un détournement d'institution²¹⁹ et même la consécration d'un inceste légal²²⁰. L'histoire ne s'arrête pas là puisque l'article 310-2 du Code civil fut modifié un an plus tard afin de préciser la règle, ajoutant ainsi qu'une double filiation incestueuse ne peut être établie par « *quelque moyen que ce soit* ». Partant, la filiation incestueuse devint officiellement un « *empêchement à adoption* »²²¹, afin de « *ne laisser aucune échappatoire possible.* »²²²

Aussi, l'officier recueillant les reconnaissances devra toujours refuser d'inscrire le nom du deuxième parent d'un enfant incestueux, une demande d'acte de notoriété devra être systématiquement rejetée²²³ tandis qu'une action tentant de faire établir par justice la deuxième filiation incestueuse se verra opposer une fin de non-recevoir²²⁴. Si la filiation venait quand même à être établie, elle encourrait la nullité absolue²²⁵.

De cette manière, la famille incestueuse, que le droit abhorre tant, ne peut être reconnue juridiquement. Rien n'empêche toutefois à l'enfant incestueux d'établir sa filiation à l'égard d'un autre parent... à condition que celui-ci ne soit pas le vrai²²⁶. Cette solution juridique montre bien la nature ambivalente de la filiation : elle est la fois phénomène biologique²²⁷ et statut juridique²²⁸. Il s'agit là d'un élément fondamental de l'état des personnes²²⁹ et représente un des deux axes bâtissant les liens de famille, à savoir l'axe vertical²³⁰. En ce sens, le Droit intégrant une dimension politique et sociale à l'agencement de la famille²³¹, la reconnaissance ou non d'un lien de filiation « *dépend de choix philosophiques que le Droit a bien du mal à trancher* »²³² et ne correspond pas nécessairement à la vérité biologique²³³.

Somme toute, se dessinent, pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, trois « *zones* » concentriques, correspondant aux trois niveaux de réprobation juridique de l'inceste : une « *zone d'horreur* », concernant les relations incestueuses consanguines proches, pour lesquelles

²¹⁹ D. FENOUILLET, « L'adoption... », préc.. *Contra* : J. HAUSER, « L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux », RTD Civ. 2000. 819.

²²⁰ D. FENOUILLET, « La filiation... », préc.

²²¹ J. HAUSER, « Ordre public... », préc.

²²² AJ fam févr 2004, 66, obs, Bicheron.

²²³ La possession serait en effet équivoque (par exemple si l'oncle d'un enfant se comporte comme son père il ne pourra pas être perçu que comme son père, même s'il l'est vraiment aussi) et en tout état de cause d'objet illicite.

²²⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p102 s.

²²⁵ J. GUESTIN (dir.), *Traité de Droit civil – La famille – Fondation et vie de la famille*, par J. HAUSER & D. HUET-WEILLER, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p1 s.

²²⁶ A. MIRKOVIC, *op. cit.*, p354 s. et X. LABBÉE, « L'enfant incestueux, enfant handicapé », D. 1997. 543.

²²⁷ E. GAUDEMÉT-TALLON « De quelques paradoxes en Droit de la famille », RTD Civ. 1981, p740 s.

²²⁸ Actes de colloque : *Famille, éthique et justice*. (Limoges, 17 octobre 2014), p38 s.

²²⁹ qui a des effets importants : attribution du nom, vocation successorale, devoirs divers, interdictions ou empêchements etc.

²³⁰ A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°810 s.

²³¹ J. HAUSER, Discrimination et filiation, in M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination, perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p225 s.

²³² Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p405 s.

²³³ A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Les liens du sang (filiation et vérité biologique) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015 ; A. MIRKOVIC, « La part de la biologie dans la filiation », in *Le don de gamètes*, Bruylant, 2014.

le mariage est prohibé et la double filiation de l'enfant qui en est issu interdite, une « *zone intermédiaire* », où le mariage est prohibé mais la filiation possible, et une « *zone d'accomodement* » dans laquelle la filiation est possible et les prétendants au mariage potentiellement autorisés à se marier, s'ils obtiennent une dispense²³⁴. Y voir ici une forme d'indulgence de la part du Droit serait cependant un contre-sens ; en réalité le Droit ne fait pas preuve « plus ou moins » de bienveillance, au contraire, il dose avec soin son aversion. Le Doyen Cornu écrivait à ce sujet : « *l'ignominie a ses degrés sur lesquels l'interdiction règle son intensité* »²³⁵.

* *

*

En définitive, une réflexion sur la prohibition de l'inceste semble aujourd'hui nécessaire. Le constat est sans appel : le sujet n'est pas ou peu étudié²³⁶, il n'intéresse guère²³⁷. Délaissé parce qu'il est marginal et parce qu'il porte sur un sujet tabou qui rend rares les revendications à son égard²³⁸, le droit civil de l'inceste se meurt. Vestige technique²³⁹ et politique²⁴⁰, il n'aspire qu'à être réformé.

La législation sur l'inceste comporte çà et là des défauts et incohérences qui deviennent de plus en plus criants à mesure que le temps passe et que le droit de la famille évolue²⁴¹. Dès lors, si l'on veut permettre un quelconque progrès du droit sur ce thème²⁴², une analyse juridique technique s'impose.

Le rapport idéologique du droit à l'inceste pose également problème. Si le droit décline des règles juridiques qui ne sont que *des interdits* de l'inceste, c'est parce qu'il est porté par *l'Interdit* de l'inceste²⁴³. Or, il s'avère que le Droit semble incapable de justifier de manière uniforme ou cohérente son adhésion à cette prescription morale. Généralement, les juristes invoquent des raisons « eugéniques », et des raisons « morales » (et plus rarement « économiques »²⁴⁴), mais sans

²³⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p446 s.

²³⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p301 s.

²³⁶ On note toutefois un léger regain d'intérêt depuis le XX^e siècle, : le thème de l'inceste étant depuis une centaine d'années de plus en plus présent dans la littérature, tous ouvrages confondus. Cet intérêt s'explique par la prise de conscience des violences intrafamiliales depuis les années 1980. Voir **Annexe 1** : Statistiques Ngram Viewer, février 2017.

²³⁷ A. BATTEUR, « L'interdit. », préc., qui relève que « *c'est un véritable silence ou au minimum une indifférence totale qui entoure la prohibition légale de l'inceste* ».

²³⁸ D. GUEVEL, préc.

²³⁹ T. HOCHMANN, préc.

²⁴⁰ T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p179 s. ; C. GRIS, *op.cit.*, selon qui « *cette relique légale subsiste comme une curiosité* ».

²⁴¹ D. MAYER, préc. Et JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou. ; F. GRANET, « Légalité de l'adoption intrafamiliale incestueuse », D. 2002. 2020.

²⁴² Sur la notion de progrès du Droit, voir : G. LEBRETON, « Y a-t-il un progrès du droit ? », D. 1991. 99.

²⁴³ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

²⁴⁴ A. BATTEUR, *Droit des personnes...op. cit.*, n°841 s.

s'accorder sur leur valeur. Pour certains, la "vraie"²⁴⁵ raison est morale²⁴⁶, pour d'autres c'est l'argument génétique qui doit primer²⁴⁷, pour d'autres enfin, cela dépend des applications juridiques de l'Interdit²⁴⁸.

Pire encore, les mots « eugénique » et « moral » sont employés sans grande attention par la Doctrine. Le terme « eugénique » d'abord : il n'est jamais employé de manière neutre, -comment le pourrait-il s'il sert de justification à un interdit ?- mais teinté de morale...il *faudrait* mélanger le sang car la naissance d'enfants incestueux est *indésirable*, ceux-ci risquant d'être malades, ce qui serait *mal* etc²⁴⁹. Le terme « moral » ensuite : il est utilisé de manière confuse. Tantôt l'immoralité trouverait sa source dans le risque de désordres familiaux²⁵⁰, tantôt elle serait justifiée par le caractère contre-nature de l'inceste²⁵¹, tantôt encore elle semble tout bonnement s'auto-justifier²⁵² etc.

Enfin, on voit se côtoyer indifféremment des explications *finalistes*, -à quoi sert la prohibition de l'inceste ?- et des explications *déterministes*, - d'où vient la prohibition de l'inceste ?-²⁵³; alors que si les deuxièmes sont intéressantes pour qui se passionne d'histoire, seules les premières, si tant est que leurs fondements soient toujours acceptables, peuvent permettre de justifier le maintien de cet Interdit.

Le malaise passe-t-il inaperçu ? Pas complètement. Certains le remarquent, le déplorent, voire s'insurgent contre cet abandon théorique : ce n'est pas parce qu'elle est rare que la question de l'inceste ne doit pas intéresser le juriste, aussi bien en tant que juriste (car toute sanction mérite de solides fondements) qu'en tant qu'humain (car une certaine iniquité semble en résulter)²⁵⁴. D'autres en font même le vœu : selon le Professeur Guevel, « *la question mériterait d'être ré-analysée par les juristes français contemporains* »²⁵⁵ tandis que Jean Hauser s'interroge : « *Ne serait-il pas temps de*

²⁴⁵ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

²⁴⁶ C. BERNARD-XÉMARD, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, 2^{ème} édition, 2016, n°1005. ; P. VANNIER, *op. cit.* ; A-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p89 s.

²⁴⁷ J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*, p141 s. ; M. BIEGELMANN-MASSARI, « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 », *Population* 1966.61.

²⁴⁸ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p106 s.

²⁴⁹ A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Livre I, Titre 5 – Du mariage, 1827, p21 s. et L. JOSSERAND, *op. cit.*, p399 s. pour qui la prohibition de l'inceste est justifiée car « *le sang gagne à se mélanger* ».

²⁵⁰ C. MARIE & A. CATHELINÉAU-ROULAND, *Droit de la famille*, Bréal, 2016, p1 s. ; A. LAMBOLEY, *Juriste civil, V° Mariage, prohibitions au mariage entre parents et alliés, articles 161 – 164*, 2014, n°1 à 26

²⁵¹ S. DETRAZ, *préc.*

²⁵² A. WEILL & F. TERRÉ, *Droit civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, 1978, n°232 s. ; V. MIKALEF-TOUDIC, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 2^{ème} édition, 2015, n°392 s. ; E. PUTMAN, « Nathalie GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain* », *RTD civ.* 2008. 194 ;

²⁵³ H. PARAT, *L'inceste*, Collection Que sais-je ?, PUF, 2010, p34 s.

²⁵⁴ D. GUEVEL, « Taire les origines... », *préc.*

²⁵⁵ D. GUEVEL, « La famille incestueuse », *préc.*

revoir l'ensemble de notre législation sur le mariage ? » avant d'ajouter, dubitatif : « *mais qui s'en souciera y compris ceux qui soulignent son importance ?* »²⁵⁶. L'appel est lancé.

Parce que le sujet s'y prête tout particulièrement, et parce que de manière générale, « *on ne peut, en droit, se passer d'une réflexion sur la morale* »²⁵⁷, on ne pourra faire l'économie d'une analyse morale globale, en plus de l'analyse technique d'ensemble du droit civil de l'inceste.

Aussi, au vu de l'évolution du droit de la famille, qui, en rejetant de plus en plus la promotion des valeurs au profit d'une simple protection des droits²⁵⁸, semble tendre vers une éthique minimale, il pourra être utile de procéder à l'analyse de cette prohibition en se demandant : « *où sont les victimes ?* »²⁵⁹. Plus encore, à l'aune de l'évolution générale du Droit, qui se rationalise²⁶⁰ et se refuse à faire la part belle aux considérations d'ordre métaphysique²⁶¹, il conviendra d'évaluer les chances de survie de cet interdit en fonction d'une part des entités abstraites que l'on protège par son biais, d'autre part des personnes concrètes prétendument affectées par le fait incestueux.

Pour ce faire, on se servira de la philosophie de Ruwen Ogien comme d'un fil d'Ariane. Défendant une éthique minimale radicale et s'appuyant sur ce genre de découpage (entités abstraites / personnes concrètes affectées), il apparaît comme le guide parfait dans ce labyrinthe moral. Lui qui voyait dans la prohibition de l'inceste « *un exemple frappant de norme sociale extrêmement importante qui n'a pourtant aucune valeur morale évidente* »²⁶², il offre tous les outils conceptuels nécessaires à cette entreprise d'ampleur. Cette démarche s'inscrirait ainsi dans une analyse morale critique²⁶³, qui n'est pas sans revenir à la mode²⁶⁴.

Forts de ces objectifs, il conviendra dans un premier temps d'engager une analyse juridique permettant de dégager les faiblesses et incohérences de la législation actuelle (I). Fragilisée techniquement, la prohibition de l'inceste se raccrochera à ce qui la fait vivre : son fondement idéologique. Refusant de céder à une quelconque résignation pouvant naître de

²⁵⁶ J. HAUSER, « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », RTD civ. 2005. 758.

²⁵⁷ M. MEKKI, préc.

²⁵⁸ J-B. LE BOHEC, préc. et E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle : essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris II-Assas, 2015, p157 s. pour qui toute norme morale imposée de l'extérieur est désormais jugée illégitime et donc rejetée en bloc. Dans le même sens, voir : A. ETCHEGOYEN, *La valse des éthiques*, François Bourin, 1990, p13 s.

²⁵⁹ J-B. LE BOHEC, préc.

²⁶⁰ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007, p19 s. et J-B. LE BOHEC, préc.

²⁶¹ J. RUSS & C. LEGUIL, *La pensée éthique contemporaine*, PUF, 4^{ème} édition, 2015, p3 s.

²⁶² R. OGIEN, La Famille est-elle une institution injuste ?, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *Ethique et Famille*, Tome 3, L'Harmattan, 2011.

²⁶³ M. MEKKI, préc. et J-B. LE BOHEC, préc.

²⁶⁴ R. OGIEN, *La morale a-t-elle un avenir ?*, Editions Plein Feux, 2006, p9 s. ; M. CANTO-SPERBER, préc. ; mais aussi J. RUSS & C. LEGUIL, *op. cit.* selon qui, aujourd'hui, « *on ne peut plus croire à une morale toute faite qui n'aurait jamais à être réinterrogée* ».

l'intimidant appel à la Morale, nous amorcerons alors une analyse morale générale afin de la remettre en question jusque dans son cœur (II).

PARTIE I

L'INCESTE RÉGLEMENTÉ PAR LE DROIT CIVIL : UNE LÉGISLATION PRÉCAIRE

Le droit civil de l'inceste se fragilise chaque jour un peu plus, et avec lui, la prohibition dont il est le garant. Les facteurs sont à la fois endogènes et exogènes : de par son imperfection technique, la législation civile est intrinsèquement instable (Titre I) ; de par sa philosophie anachronique, celle-ci est également menacée de l'extérieur (Titre II).

Titre I : Une législation déficiente

Quiconque étudie le droit civil de l'inceste est frappé par sa maladresse : en la matière, la loi collectionne les lacunes et les incohérences²⁶⁵. Au constat succède l'interrogation... pourquoi diable un droit si mal fait traverse-t-il les âges sans que personne ne le corrigeât sérieusement ? Plusieurs raisons peuvent être apportées. La première est logique : le droit civil de l'inceste est un droit d'*alioindité*²⁶⁶, c'est-à-dire qu'il est un droit dont le centre de gravité se situe ailleurs que là où est son objet²⁶⁷. Force est en effet de constater que droit civil de l'inceste n'a pas été élaboré *pour* l'inceste. Il a été élaboré *pour* la norme, *contre* l'inceste. Les imperfections sont donc inévitables. La seconde est statistique : ce corps de règles ne concerne que des cas marginaux²⁶⁸. Qui peut voir si un rouage est défectueux lorsque la machine est à l'arrêt ? Sans cas concrets pour les dénoncer, les imperfections demeurent. La dernière est politique : le sujet est tabou, la revendication étouffée. La demande étant ainsi inexistante, un changement législatif n'aurait aucune raison d'intervenir²⁶⁹.

Ceci étant dit, il convient d'admettre que le droit civil de l'inceste, dont les règles sont chacune le fruit d'une tradition juridique, est mal conçu (Chapitre 1). Les mœurs évoluant et, avec elles, de nouvelles compositions familiales apparaissant, la législation, restée inerte, serait de moins en moins apte à proposer une réaction satisfaisante (Chapitre 2).

²⁶⁵ D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose et Note D. VIGNEAU, D. 2004. 365. Voir également A. BATTEUR, « L'enfant né d'un inceste entre frère et soeur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », D. 2017. 2107. pour qui le droit civil de l'inceste souffre d'un régime juridique « *approximatif* ».

²⁶⁶ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, LGDJ, 1995, p59 s.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Filiation adoptive sur filiation incestueuse ne vaut », RLDC 2004-3, n°107.

²⁶⁹ *Ibidem*.

Chapitre 1 : Des déficiences originelles

La première incohérence souvent pointée du doigt réside dans la différence de rigueur entre la prohibition de l'inceste en matière d'empêchement à mariage et en matière d'établissement de la filiation. En effet, il subsiste des cas dans lesquels le mariage est prohibé, sans dispense possible, alors que la filiation quant à elle est possible²⁷⁰, ce qui semble incohérent²⁷¹.

Plus en détail, un certain nombre de déficiences peuvent être relevées à l'intérieur des corps de règles respectifs relatifs au mariage (Section 1) et à la filiation (Section II).

Section 1 : Quant aux empêchements à mariage

Une remarque liminaire permet de tempérer les reproches à venir : si certaines incohérences sont le fruit de pures malfaçons, d'autres ne sont que le résultat de la difficile saisie du fait par le législateur²⁷² et sont donc plus aisément pardonnables.

Ceci étant précisé, une première observation d'ordre formel s'impose : l'article 161 du Code civil prohibe le mariage avec les « alliés » de ses ascendant.e.s et descendant.e.s. Néanmoins, comme le souligne Demolombe, un obstacle plus important empêche dans ce cas le mariage d'être célébré : la présence d'une première union indissoute²⁷³. Cependant, ce détail d'ordre terminologique ne doit pas masquer les véritables incohérences logiques et incertitudes juridiques, qui existent en la matière, plus graves, et qui sont en réalité le fruit de l'évolution trop lente du droit positif.

Des **incohérences logiques** d'une part. On peut penser en premier lieu au risque consanguin qui appert être un argument à géométrie variable. En effet, si la prohibition des unions incestueuses se fonde sur ce motif, comment expliquer que le mariage entre cousins germains soit possible, alors pourtant que ces unions présentent un risque assez peu éloigné²⁷⁴ de celles rattachées à la « zone d'horreur »²⁷⁵ ? En réalité, l'empêchement entre cousins existe en droit canon²⁷⁶, droit dont notre droit civil est inspiré. Il a finalement été écarté du Code civil sous la

²⁷⁰ Il en va ainsi de l'union entre beau-père (ou belle-mère) et beau-fils (ou belle-fille), lorsque le mariage créant l'alliance a été dissous par divorce.

²⁷¹ S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination », *Dr. Fam.* Juin 2010, Etude 16.

²⁷² J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit » in *Flexible Droit*, LGDJ, p25 s.

²⁷³ C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Tome I, Lahure, 1881, p145 s. qui relève que « il y a bien un autre obstacle à ce que l'un des conjoints épouse l'un des parents de son conjoint ! Il y a l'existence même de ce mariage , qui l'empêche d'épouser qui que ce soit. »

²⁷⁴ A. JACQUARD, *Concepts en génétique des populations*, Masson, 1977, p 40 s.

²⁷⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002, p446 s.

²⁷⁶ A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, PUF, 1996, n°228 s.

pression libérale. Certains trouvent ainsi que le droit en devient contradictoire quant à ses fondements sur ce point²⁷⁷. De même, au vu de la vigueur de la réprobation, il est étonnant que le mariage ne soit soumis à aucune exigence de type preuve de non-consanguinité, tant il est possible que des couples apparentés se marient dans les faits : soit parce que la parenté est ignorée des époux eux-mêmes, soit parce qu'elle l'est de l'officier²⁷⁸, notamment si elle est cachée, n'a pas été juridiquement établie²⁷⁹ ou a été juridiquement effacée, dans l'hypothèse où l'un des époux est adopté²⁸⁰. Dans ce dernier cas en effet, en vertu de l'article 354 al5 du Code civil, la transcription du jugement d'adoption fait disparaître toute trace du lien filial initial²⁸¹. Les empêchements subsistants entre l'adopté et sa famille originaire semblent alors inefficients. À travers ces exemples, on remarque déjà une difficulté que l'on retrouvera plus en aval : en attaquant la parenté juridiquement établie pour atteindre la parenté de fait, le législateur se retrouve parfois désarmé²⁸². Toujours, si l'on considère que le fondement de la prohibition de l'inceste réside dans la consanguinité, ce sont toutes les unions incestueuses non consanguines qu'il semble aberrant d'interdire ! Certains auteurs s'interrogent ainsi sur la pertinence des interdits liés à l'alliance²⁸³, tandis que d'autres reprochent directement au législateur d'avoir étendu les prohibitions aux couples liés par une simple parenté adoptive « *sans s'interroger sur leur fondement* »²⁸⁴. Ceci étant, l'argument physiologique nous semble déficient : sanctionner le fruit d'unions à risque n'est pas la seule ni la meilleure des solutions pour préserver le groupe familial d'une quelconque dépression consanguine. Puisque la prohibition de l'inceste porte abusivement atteinte à la liberté de procréer²⁸⁵, on pourrait préférer la prévention à la punition²⁸⁶ en incitant les couples apparentés à se tourner vers des consultations préconceptionnelles de génétique²⁸⁷. On pourrait également envisager un suivi plus approfondi de la grossesse voire, pourquoi pas, favoriser la PMA avec don de sperme de tiers donneur pour ces couples²⁸⁸ ! Une telle solution garantirait la liberté individuelle tout en préservant au mieux d'une quelconque dégénérescence génétique.

²⁷⁷ A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Livre I, Titre 5 – Du mariage, 1827, p21 s. et M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 12^{ème} édition, LGDJ, 1939, n°721.

²⁷⁸ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014, p446 s.

²⁷⁹ J. GUESTIN (dir.), *Traité de Droit civil – La famille – Fondation et vie de la famille*, par J. HAUSER & D. HUET-WEILLER, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p141 s. ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, La Famille, par A. Rouast, LGDJ, 1952, p100 s.

²⁸⁰ A. MIRKOVIC, *Droit de la famille et des personnes*, Studyrama, 4^{ème} édition, 2014, p226 s.

²⁸¹ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, 2013, p1 s.

²⁸² J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*

²⁸³ J. BARRÈRE, « Le Droit du mariage dans la loi du 03 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges Marty*, ESPIC, 1978, p16 s.

²⁸⁴ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *Droit de la famille*, par Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016, p150 s.

²⁸⁵ G. BRICKER, *Le droit de la génétique*, Thèse, L'Harmattan, 2015, n°424 s.

²⁸⁶ F.M.A DEVAY, *op. cit.*, p215 s.

²⁸⁷ J. PENOT, *op. cit.*, p34 s. ; M. FAREED & M. AFZAL, « Genetics of consanguinity and inbreeding in health and disease », *Ann Hum Biol.* 2017 Mar;44(2):99-107.

²⁸⁸ E. GRANGE, *op. cit.*

En second lieu, c'est la prétendue préservation de la paix des familles, et plus largement de la paix sociale, qui ne semble pas pouvoir expliquer les empêchements à mariage sans tomber dans l'incohérence. Comme l'admet volontiers Demolombe : « *Il faut bien reconnaître qu'il y a un certain nombre d'unions qui pourraient blesser les convenances et qui n'en sont pas moins permises* »²⁸⁹. Il en va ainsi de l'union entre le mari d'une femme et de l'ex-épouse du fils de sa propre épouse, entre beau-frère et belle-sœur²⁹⁰ (ou, désormais entre beaux-frères ou belles-sœurs²⁹¹), -autrefois prohibé mais depuis lors libéralisé du fait de l'érosion des contours de la perception de la famille-, entre un homme et l'ex-épouse de son meilleur ami²⁹², ou même plus ordinairement entre deux personnes qu'une grande différence d'âge et/ou une relation hiérarchique sépare²⁹³, qui sont parfois assimilées à des pseudo-incestes dans l'opinion commune – (« *ça pourrait être sa fille !* »). Le législateur prohibe-t-il toutes ces unions ? Nullement.

D'un point de vue plus technique, on peut s'étonner qu'une dispense puisse être accordée pour certaines unions uniquement si la personne créant l'alliance est décédée, et non lorsque l'alliance a été brisée par divorce. Il en va ainsi des unions entre enfant et beau-parent. L'idée sous-jacente est évidemment qu'il faut éviter que des divorces servent à contourner la règle. mais dans un sens, on peut aussi considérer que l'affinité fâne plus avec le divorce qu'avec la mort, ce qui justifierait une solution inverse, et dans un autre, on peut reconnaître que le divorce n'est plus nécessairement synonyme de déchirement aujourd'hui et qu'il devrait être logique par exemple d'accorder des dispenses lorsque l'alliance a été cassée par un divorce par consentement mutuel²⁹⁴.

Plus généralement enfin, c'est la simple possibilité de dispense pour les incestes relatifs qui peut surprendre²⁹⁵. Ainsi, Thierry Garé écrit-il qu'une « *interdiction assortie d'exceptions peut servir à marquer un principe relatif* »²⁹⁶. De deux choses l'une : soit ces unions compromettent la paix des familles, et dans ce cas, aucune dispense ne devrait être permise²⁹⁷, soit ces unions ne compromettent pas la paix des familles, et dans ce cas, pourquoi ne pas simplement les autoriser²⁹⁸? Soulevé par la Doctrine²⁹⁹, -qui va même jusqu'à considérer que « *les procédures de*

²⁸⁹ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*

²⁹⁰ Ainsi que nous l'avons écrit en introduction, cette permissivité résulte de l'évolution du droit de la famille, mu par des revendications libérales incessantes depuis le XX^e siècle.

²⁹¹ Puisque depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 la validité du mariage n'est plus subordonnée à une quelconque altérité sexuée.

²⁹² A. FINE, « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'Homme*, n°205, 013, p99 s.

²⁹³ Evoquant la relation professeur.e – élève : N. CAMPAGNA, Quelle morale sexuelle ?, in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.

²⁹⁴ Qui soutient cette position : J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*

²⁹⁵ A. FENET, *op. cit.*

²⁹⁶ Remarque faite à propos de la question de l'interdiction de l'adoption créant une filiation incestueuse : T. GARÉ, « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », *RJPF*, 2004, n°3.

²⁹⁷ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*

²⁹⁸ *Ibidem.*

dispense, inquisitoires, longues et coûteuses, n'ont guère de justification »³⁰⁰-, ce grief l'a également été par la Jurisprudence européenne, qui, dans le cadre de son célèbre arrêt B. L. c/ R-U de 2005, a relevé que la possibilité de dispense pour certaines unions remettait en cause « *la rationalité et la logique* » de la loi qui les dirime³⁰¹. À titre d'illustration, on pourra prendre l'exemple de l'union entre un oncle et sa nièce, qui est possible si l'on obtient une dispense. Si la loi interdit leur mariage, ce serait parce que l'oncle, parent de substitution potentiel (*loco parentum*)³⁰², ne pourrait épouser celle qui peut devenir en quelque sorte sa fille sans créer le scandale. En quoi une dispense annule-t-elle ce risque ?

En troisième lieu, c'est le prétexte de l'ordre généalogique qui ne semble pas permettre de rendre compte d'une législation cohérente. En effet, certaines hypothèses pouvant perturber la structure des générations ne sont pas sanctionnées par le législateur. Il en va ainsi de la famille dans laquelle deux sœurs se marient l'une au père, l'autre au fils³⁰³, de l'union entre deux personnes dont l'une a été, de fait, la référence parentale de l'autre, -« *je l'ai élevé comme mon fils !* »-, sans qu'aucun lien n'ait été juridiquement consacré³⁰⁴, et de toutes les relations légalement admises autour de l'adoption simple : l'union entre un enfant adopté et un.e ascendant.e de son adoptant, union que le législateur n'aurait pas jugé utile d'interdire, car trop peu probable³⁰⁵ ; mais également l'union entre un enfant adopté et l'enfant naturel de son parent adoptant, l'union entre deux enfants adoptés par la même personne ou encore l'union entre un enfant adopté et le frère ou la sœur de son adoptant³⁰⁶, toutes possibles sur dispense. Pourtant, comme en témoigne l'arrêt précité ayant refusé d'établir la deuxième filiation incestueuse alors qu'il ne s'agissait que d'une adoption simple³⁰⁷, la filiation adoptive, même simple, peut tout à fait être considérée comme une vraie filiation³⁰⁸ !

²⁹⁹ Principalement J. HAUSER, « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », RTD civ. 2014. 88. qui regrette que le législateur n'ait pas profité de la réforme de 2013 pour se débarrasser de cette incohérence. Voir aussi : A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759.

³⁰⁰ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », RLDC, 2014, n°12.

³⁰¹ Communiqué de presse à propos de CEDH, B. L. C/ R-U, 2005, n°36536/02, disponible à <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=921009&Site=COE&direct=true>

³⁰² G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Tome I, Larose et Forcel, 1882, p264 s.

³⁰³ *Ibidem.* ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.* ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*

³⁰⁴ M. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, Tome VI, 2^{ème} édition, Cosse & Marchal, 1861, p84 s.

³⁰⁵ Notamment eu égard aux conditions d'âge requises pour l'adoptant : M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*

³⁰⁶ J-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, p146 s. et M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, Répertoire de droit civil, V° Mariage, juin 2016, n°340.

³⁰⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 06 janvier 2004, n° 01-01.600, Bull. civ. I, n°2.

³⁰⁸ Obs RUBELLI-DEVICHI, JCP 2004, I, 109, n°2 et JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

En quatrième lieu, on peut regretter que le besoin d'exogamie, si souvent invoqué lorsqu'il s'agit de justifier la prohibition de l'inceste³⁰⁹, refuse au moins d'aller jusqu'au bout de sa logique en interdisant, par exemple, que les parents de chaque conjoint se marient entre eux, que deux sœurs ne puissent pas épouser deux frères, que le fils d'un veuf ne puisse se marier à la fille de la veuve qu'a épousé son père veuf³¹⁰ ; et même, hypothèses évoquées précédemment, que deux sœurs ne puissent pas épouser l'un le père l'autre le fils ou que soit interdit le mariage entre un homme et l'ex-femme du fils de son épouse. En effet, dans ces cas-là, la famille reste en vase clos. Pourquoi le législateur, s'il s'appuie sur l'impératif exogamique comme certains le prétendent, ne les prohibe-t-il pas ?

Dans le même temps, si le Droit réproouve avec autant de fermeté la célébration de mariages incestueux, il ne semble pas avoir tiré toutes les conséquences de ses opinions. Ainsi, comme nous l'avons déjà rapidement fait remarquer, aucune procédure particulière n'est prévue pour permettre à l'officier d'état civil de détecter en amont une fraude³¹¹. Ce dernier est d'ailleurs peu incité à s'en soucier puisqu'en la matière, contrairement aux empêchements pour cause de bigamie³¹², aucun texte spécial ne prévoit que sa responsabilité pénale puisse être engagée³¹³. Le législateur semble également peu soucieux en ce qu'il n'envisage pas d'exception à l'article 201 du Code civil, disposition qui permet pourtant aux époux ayant contracté de bonne foi un mariage illicite de bénéficier de ses effets³¹⁴. Aussi, toute la force de l'interdit semble reposer sur la procédure d'opposition à mariage. Pourtant, celle-ci, mal maîtrisée, aboutit quasi-systématiquement à une main-levée, rendant alors possible la célébration du mariage contesté³¹⁵...

A contrario, s'agissant de l'impossibilité de ratifier un mariage nul qui aurait pu bénéficier d'une dispense, c'est l'excès de rigueur qui peut être dénoncé³¹⁶. Une disposition ouvrant les unions d'inceste relatif aurait pourtant permis d'éviter d'appliquer à des mariages parfois vieux de plusieurs années³¹⁷ la nullité, qui constitue une sanction lourde, seyant mal au mariage³¹⁸. D'autant plus qu'en ce cas, toutes les craintes (prévention du risque de consanguinité, du désordre généalogique, des troubles familiaux...) n'ont plus de sens puisque le mariage n'est pas dans l'absolu impossible et qu'il a été de fait célébré.

³⁰⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.*

³¹⁰ M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*, p100 s.

³¹¹ A. BATTEUR, *préc.*

³¹² Article 433-20 du Code pénal.

³¹³ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p106 s.

³¹⁴ G. CORNU, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006, p102 s.

³¹⁵ J-J. LEMOULAND, « Sursis à la célébration et opposition au mariage : les déboires du ministère public », D. 2003. 2716.

³¹⁶ A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°140 s.

³¹⁷ Pour un mariage vieux de 8 ans : Cass. Civ. 1^{ère}, 08 décembre 2016, n° 15-27.201 (n° 1450 FS-P+B+R+I)

³¹⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p309 s.

Des **incertitudes juridiques** d'autre part. Celles-ci concernent principalement des questions substantielles et accessoirement une question procédurale.

S'agissant des *règles matérielles*, plusieurs hésitations touchent aux règles de droit relatives aux rapports entre lien d'alliance et empêchement à mariage. En premier lieu, un doute subsiste quant à l'existence d'un empêchement à mariage entre un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce par alliance³¹⁹. Si le fait que 1) l'article 163 du Code civil prohibe clairement le mariage « *entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce* », que 2) dans le langage courant « tante » et « oncle » visent indifféremment la tante et l'oncle de sang ou d'alliance et que 3) le droit canon, dont s'inspire le Code civil, prohibait ces unions, donne tout à penser qu'un tel empêchement existe, la Jurisprudence semble avoir consacré la solution inverse³²⁰. Par un arrêt de 1858³²¹, la Chambre des requêtes a refusé de voir dans l'article 163 un empêchement à mariage entre oncle-nièce ou tante-neveu par alliance, réaffirmant que « *les empêchements à mariage sont de droit étroit, [et] qu'ils ne peuvent résulter que d'une manifestation expresse de la loi* ». Toutefois, cette solution date et n'est pas à prendre comme acquise. Si la Haute Cour venait à se prononcer de nouveau sur la question, plus de 150 ans après donc, rien n'interdit de penser qu'elle adopterait une solution différente, s'appuyant notamment sur une interprétation plus téléologique de l'article 163 Cc, et craignant de paraître trop rigide par rapport aux mœurs actuelles. Notons d'ailleurs que si ce type d'union est effectivement autorisé comme le suggère l'arrêt de 1858, cela entrerait en contradiction flagrante avec les règles interdisant le mariage entre oncle ou tante et neveu et nièce de sang, pour ce qui s'agit de la paix des familles.

En deuxième lieu, un doute subsiste quant à la survivance d'un lien d'alliance, qui peut être cause d'empêchement pour les individus de chaque branche alliée, en cas de nullité du mariage à l'origine de ladite alliance. Sur cette question, la Jurisprudence est silencieuse et la Doctrine déchirée. Pour certains auteurs, la nullité anéantit rétroactivement le mariage et avec elle l'existence d'une alliance³²². Pour d'autres, comme Aubry et Rau³²³, l'alliance persiste car l'affinité naturelle qui la fonde demeure³²⁴. Pour d'autres enfin, la solution doit être plus nuancée : l'affinité ne survivrait qu'en cas de mariage putatif³²⁵, à moins qu'elle ne soit réactivée uniquement pour créer un simple empêchement prohibitif³²⁶.

En troisième et dernier lieu, un véritable défaut de rédaction de la loi sème le doute, et avec lui, les germes d'une insécurité juridique regrettable. En effet, l'article 184 du Code civil, qui

³¹⁹ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759.

³²⁰ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, V° Mariage, juin 2016, n°340.

³²¹ Ch. Req, 10 novembre 1858, DP 1858 1. 466.

³²² N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, n°158 s.

³²³ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, Tome IV, Marchal, Billard et Cie, 1872, p54 s.

³²⁴ On se permet toutefois d'opposer à cette argumentaire les hypothèses de mariage blanc.

³²⁵ P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-action, 7^{ème} édition, 2016-2017, n°112 s.

³²⁶ C. AUBRY & C. RAU, *op. cit.*, qui s'en réfèrent à la position doctrinale de Duranton.

prévoit que le mariage nul peut être attaqué pendant 30 ans à compter de sa célébration, ne renvoie qu'aux articles 161, 162 et 163 du même Code. En ce sens, ne sont pas visés les empêchements à mariage découlant de la filiation adoptive (366 Cc) ni ceux nés d'un jugement allouant des subsides (342-7 Cc). Aussitôt, deux positions viennent à s'affronter : selon la première, rigoriste, il faut s'en tenir à l'adage « *pas de nullité sans texte en matière de mariage* »³²⁷ et limiter ces empêchements à un rôle préventif, c'est-à-dire prohibitif et non dirimant³²⁸. Selon la seconde, plus réfléchie, il convient d'appliquer tout de même l'article 184 à ces deux hypothèses, puisque telle aurait été la volonté du législateur³²⁹. Une question demeure toutefois : comment se fait-il que l'article ne 184 ne renvoie pas aux articles 366 et 342-7 ? La réponse nous est donnée par Planiol et Ripert : au moment où le titre « Du mariage » a été voté, et avec lui l'article 184 du Code civil, on ne savait pas encore si l'adoption serait permise. Dès lors, aucune référence à la parenté adoptive n'a été insérée dans l'article 184, et par la suite, personne n'a pensé à l'intégrer. Il s'agit donc tout simplement d'un oubli³³⁰. La même explication peut permettre d'éclaircir l'absence de référence à l'article 342-7 puisque l'action à fins de subsides contre le parent de fait n'a été entérinée par le Code civil qu'en 1972³³¹.

Le problème aurait pu donner naissance à des litiges en cascade et/ou entraîner une révision législative, si seulement la question de l'inceste soulevait les foules. Tel n'étant pas le cas, la disposition en cause gît toujours en l'état dans le Code civil, accompagnée *incognito* de son incongrue malfaçon.

S'agissant de *règles procédurales*, il convient de s'attarder sur les défauts grossiers inhérents à la procédure de dispense pour mariage. Première remarque et pas des moindres : elle n'existe plus³³². Comme le souligne le Professeur Hauser : « *on ne sait plus trop quelle est exactement la procédure suivie dans ce domaine des dispenses, puisque le décret du 20 Prairial An XI qui la prévoyait a été imprudemment abrogé en 1970* »³³³. La situation prêterait à sourire s'il n'y avait pas en jeu une liberté fondamentale. Le bilan déplorable ne s'arrête toutefois pas là. Conservée bon gré mal gré, la procédure est si complexe qu'elle en devient indigeste³³⁴. Enfin, quant aux modalités de dispense à proprement parlé, il convient de noter qu'en vertu de l'article 164 du Code civil la décision revient à « *Saint-Louis sous son chêne* »³³⁵... pardon, au Président de la République, à qui il est loisible d'accorder ou

³²⁷ P. MURAT (dir.), *op. cit.*

³²⁸ A. WEILL & F. TERRÉ, *Droit civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, 1978, n°281 s.

³²⁹ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°135 s.

³³⁰ M. PLANIOL & G. RIPERT, *op. cit.*

³³¹ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation

³³² P. MURAT (dir.), *op. cit.* et D. 2006.1418, obs Lemouland.

³³³ J. HAUSER, « C'est légal parce que je le veux ! Du contrôle des autroisations présidentielles », RTD Civ. 91.

³³⁴ Pour une description détaillée de cette procédure : N. GLANDIER, « Dispenses à mariage incestueux et incompétence des juridictions administratives », D. 2006. 1433.

³³⁵ J. HAUSER, « Un appel possible contre les décisions rendues par Saint-Louis sous son chêne ? » RTD civ. 2008. 658.

non une dispense, dès lors que la demande est justifiée par une « *cause grave* », notion floue s'il en est³³⁶.

Somme toute, la procédure de dispense à mariage apparaît comme une pure « *vieillesse législative* »³³⁷ et le rôle du Président en la matière une anachronique « *séquelle de pouvoir régalien* »³³⁸ renvoyant à l'idée insolite qu'en matière d'inceste « *seul le chef d'une tribu peut lever le tabou* »³³⁹ (sic !). Quant à l'imprécise exigence d'une « *cause grave* », elle semble contrevenir au principe de sécurité juridique³⁴⁰ tant elle peut être interprétée différemment selon l'époque et selon le caractère de son intercesseur³⁴¹, ce qu'elle est d'ailleurs effectivement en pratique³⁴².

En définitive, le recours au président de la République sur ce terrain semble aujourd'hui « *indéfendable* »³⁴³. Il serait à dire vrai surtout inconstitutionnel et inconventionnel parce qu'aucun contrôle n'est prévu, ce qui semble contrevenir au droit à un recours effectif protégé par l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales³⁴⁴. Sur ce point, les juridictions administratives ont refusé dans un arrêt du 12 octobre 2005³⁴⁵ de se reconnaître compétentes pour procéder à un quelconque contrôle de la décision présidentielle³⁴⁶, renvoyant *ab hinc* la balle aux juridictions judiciaires, qu'elles considèrent de plus en plus systématiquement compétentes en matière familiale. Pourtant, ces dernières n'ont pas partagé cet enthousiasme et ont rendu sur la question une décision en 2008³⁴⁷ pour le moins ambiguë : semblant admettre *in abstracto* la non-conformité de l'article 164 du Code civil aux exigences conventionnelles auxquelles est tenue la France, la cour d'appel de Paris a rejeté *in concreto* la demande de contrôle au motif qu'il n'y avait pas en l'espèce d'atteinte disproportionnée au droit au mariage.

Il s'ensuit que trois incertitudes demeurent : la décision du Président de la République est-elle susceptible de recours ? Si oui, quelle juridiction est compétente ? Et si oui encore, quelle est l'étendue de ce contrôle ?

³³⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Père réhabilité », RLDC, 2014, n°12. qui juge parfaitement « *inconsistent* » un tel mobile.

³³⁷ J. HAUSER, « C'est légal... », préc.

³³⁸ A. BÉNABENT, *op. cit.* ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, et C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, qui rapporte que la disposition initiale visait le pouvoir du « Roi » et celle de 1804 le pouvoir de l'« Empereur ». Que l'on ne s'y trompe pas, la fonction est en décalage complet avec les pouvoirs accordés au Chef de l'Etat.

³³⁹ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

³⁴⁰ J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*

³⁴¹ P. MURAT (dir.), *op. cit.*

³⁴² N. GLANDIER, préc.

³⁴³ J. HAUSER, « Empêchement... », préc.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ CE, 12 Octobre 2005, req. n° 264446

³⁴⁶ N. GLANDIER, préc.

³⁴⁷ CA Paris, 03 avril 2008, n° 07/20081

Au demeurant si la première interrogation semble avoir été peu ou prou résolue d'un point de vue théorique, -oui donc-, les deux autres restent véritablement entourées d'un halo d'insécurité juridique. Les deux ordres juridiques sont si peu enclin à prendre position, que pour certains le déni de justice n'est pas loin³⁴⁸, et avec lui le conflit de compétences négatif³⁴⁹. Pour Hauser, l'affaire pourrait ainsi finir devant le Tribunal des Conflits, ou plus désolant encore, « *la leçon pourrait venir, une fois de plus, de Strasbourg* »³⁵⁰. Quant à la question de l'étendue du contrôle, elle demeure délicate. Effectuant une analogie avec le contrôle des dispenses pour les mariages posthumes, Nathalie Glandier Lescure suggère que les tribunaux ne pourraient vérifier tout au plus que la régularité de la procédure ainsi que la présence d'une « erreur manifeste » dans l'appréciation par le Président de la « cause grave »³⁵¹. Cependant, un contrôle de ce type dans ce domaine paraît vain : il sera difficile de qualifier de « manifestement erroné » un refus qui porte, rappelons-le, sur une dispense à caractère exceptionnel permettant de s'affranchir d'un interdit profondément enraciné.

In fine, ne pourrait-on pas plus simplement, comme le propose Jean-Jacques Lemouland, confier la procédure au Procureur de la République ?³⁵²

Section 2 : Quant à l'interdiction d'établir une double filiation incestueuse

Dans la même veine, on peut recenser de nombreuses incohérences logiques et incertitudes juridiques résultant des règles relatives à l'interdiction d'établir une double filiation incestueuse.

Des **incohérences logiques** d'une part. En premier lieu, on peut s'étonner que la protection de l'ordre générationnel soit avancé pour justifier de l'interdiction de la double filiation incestueuse³⁵³. En effet, certaines situations pouvant le compromettre sont ignorées du Droit, et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, à cause de la *généralité* de la loi civile traitant de l'inceste. Comme dit précédemment, celle-ci n'a pas pensé les règles *pour* l'inceste. En résulte donc des hypothèses étranges, qui devraient heurter ceux qui s'appuient sur la protection de l'ordre générationnel pour

³⁴⁸ AJ Famille 2005, p. 451, obs. F. Chénéde

³⁴⁹ J. HAUSER, « Un appel... », préc.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ N. GLANDIER, préc.

³⁵² D. 2006.1418, obs Lemouland

³⁵³ L. DALIGAND, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », LPA, 1995, n°53.

fonder l'article 310-2 du Code civil. En effet, cette disposition n'indique pas laquelle des deux branches doit primer en fonction de la nature du lien, mais seulement en fonction de sa priorité temporelle. Premier arrivé, premier servi. Dès lors, si un enfant naît d'une relation père-fille et que l'homme effectue seul une reconnaissance prénatale, il se verra seul juridiquement rattaché à l'enfant. Pourtant, s'il est bien le père de l'enfant, il est également son grand-père...le législateur, s'il se fonde bien sur la protection de l'ordre générationnel et avait ce genre d'hypothèse à l'esprit, n'aurait-il pas imposé que ce fût le parent qui n'a pas de lien équivoque qui soit légalement reconnu³⁵⁴ ? Au delà de l'équivocité du lien, c'est la place de l'intérêt de l'enfant qui permet de douter de la pertinence du caractère aussi général de la loi. Le parent qui établit sa filiation en premier n'est pas nécessairement le parent le plus apte ou le plus désireux d'élever l'enfant. L'actualité jurisprudentielle confirme cette crainte. Dans un arrêt rendu le 8 juin 2017³⁵⁵, la cour d'appel de Caen s'est retrouvée bien malgré elle confrontée à une situation dans laquelle la généralité de l'article 310-2 Cc porte effectivement atteinte à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, une enfant rattachée accidentellement à ses père et mère, eux-mêmes demi-frères et sœurs, s'est vue coupée juridiquement de sa mère, qui pourtant l'élevait depuis sa naissance, -à la différence du père qui ne s'en occupait guère-, le tribunal de 1^{ère} instance faisant une application stricte de la disposition légale en cause et du principe chronologique³⁵⁶. « Dura lex, sed lex » serait-on tenté de dire. Mais le jugement a finalement été infirmé en appel eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, nul n'en doute, commandait une solution différente³⁵⁷.

Plus étonnant encore, l'article 202 du Code civil qui permet aux enfants issus d'un mariage déclaré nul de conserver les effets découlant dudit mariage, ne comporte aucune exception. À ce titre, un enfant né d'un inceste absolu et dont les parents auraient réussi se marier, étant automatiquement rattaché à sa mère par l'inscription de son nom dans l'acte de naissance et bénéficiant de la présomption de paternité verra, en toute légalité, sa double filiation incestueuse entérinée par l'état civil³⁵⁸. Le juge ayant prononcé la nullité du mariage statuera ainsi sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale de chacun des deux parents incestueux, comme pour n'importe quel couple divorcé³⁵⁹. Il s'agit là de la reconnaissance juridique de ce que Madame Glandier Lescure appelle le « *couple parental incestueux* »³⁶⁰. L'exception étonne³⁶¹. Et quand on

³⁵⁴ D. SALAS, « L'inceste, un crime généalogique », *Melempous* n°7, 1996, p109 s.

³⁵⁵ CA Caen, 8 juin 2017, RG n°16/01314.

³⁵⁶ *Cf infra*

³⁵⁷ Pour une critique du raisonnement tenu par les juges, qui s'apparente plus à un jugement en équité fondée uniquement sur l'intérêt de l'enfant qu'à un véritable contrôle de proportionnalité mettant en balance les intérêts de l'enfant avec les intérêts publics : H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », *Dr. fam.* 2017, n°11, comm 224.

³⁵⁸ *Contra* : A. COLIN & H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 11^{ème} édition, Tome I, par Julliot de la Morandière, Dalloz, 1947, n°580 s., qui considèrent que la présomption de paternité ne peut avoir joué puisque le mariage a été rétroactivement anéanti. Voir aussi, sur les difficultés d'application : J. BARRÈRE, « Le Droit du mariage dans la loi du 03 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges Marty*, ESPIC, 1978, p16 s.

³⁵⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p102 s.

³⁶⁰ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, n°613 s.

³⁶¹ *Ibid.* n°158 s.

connaît la vigueur que le droit met à repousser l'établissement d'une double filiation incestueuse, elle a de quoi. S'agirait-il d'un oubli ?

Enfin, une dernière lacune mérite d'être soulignée. En matière de contestation de filiation, l'article 332 du Code civil dispose que celui qui veut contester une filiation juridiquement établie doit rapporter la preuve que celle qui se prétend être la mère n'a pas accouché ou que celui qui a reconnu l'enfant n'est pas le vrai père. Par conséquent, celui qui voudrait contester une filiation incestueuse devrait, si l'on suit la lettre de l'article 332 Cc, apporter la preuve que celui qui a reconnu l'enfant n'est pas le vrai père. Or, ici le père légal est bien le père biologique...on se trouverait donc dans une impasse : l'action ne pourra pas être menée à bien faute d'éléments de faits³⁶². À dire vrai un problème analogue s'était posé en matière de GPA : était alors en question la contestation d'une filiation établie par les parents d'intention à l'égard d'un enfant né par GPA. En cas de GPA faite à partir d'un don de sperme du père d'intention, le père légal est bien le père biologique ! Toutefois, dans cette affaire, la contestation avait été initiée par le ministère public qui peut, pour sa part, engager une procédure s'il soupçonne que la filiation est frauduleuse (336 Cc). N'étant pas soumise à la preuve de l'inexactitude de la parenté, celle-ci pouvait donc aboutir, puisque la GPA est contraire à la loi française³⁶³. Ce motif de contestation n'étant pas prévu pour les personnes privées, ces dernières ne pourraient contester directement une double filiation incestueuse. Seul donc le ministère public pourrait contester une filiation établie en violation des règles de droit civil prohibant l'inceste.

Ensuite, à cause de la *relativité* de la loi. Parce qu'elle autorise l'établissement d'une double filiation incestueuse en matière d'inceste relatif, la législation perd en cohérence lorsqu'elle se fonde sur la crainte d'un désordre généalogique, qui serait si grave qu'il justifierait une solution aussi radicale. En effet, rien ne permet de penser qu'une filiation établie à l'égard d'un homme qui est aussi le grand-oncle (en cas d'union nièce – oncle) ou le cousin (en cas d'union neveu – tante) d'un enfant contrarie moins l'ordre générationnel que s'il s'agissait de son grand-père (en cas d'union fille – père) ou de son oncle (en cas d'union sœur – frère).

Plus frappant encore, il convient de souligner que la possibilité d'établir une double filiation incestueuse fut admise quelques temps pour les enfants dépendant de la loi locale d'Alsace-Moselle³⁶⁴. À leur égard, plusieurs règles se sont succédées dans le temps. Initialement, le droit local renvoyait à la loi allemande, permettant ainsi d'établir une double filiation incestueuse sans

³⁶² Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p544 s.

³⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, Bull. Civ. I, n°176. Voir aussi l'article 16-7 Cc.

³⁶⁴ R. HOUIN, « Une réforme nécessaire : la créance alimentaire des enfants adultérins et incestueux », JCP, 1946, 1, 521.

restriction³⁶⁵. La loi civile du 1^{er} juin 1924 reprit l'idée en son article 16 en autorisant d'établir également une double filiation incestueuse, mais en la limitant néanmoins à de simples effets alimentaires³⁶⁶. Après elle, la loi n°55-934 du 15 juillet 1955 abrogea aux termes de son article 5 et pour l'avenir seulement, l'article 16 précité. Enfin, la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 consacra rétroactivement l'égalité successorale de toutes filiations juridiquement établies. En définitive et s'en remettant aux conflits de lois dans le temps, on peut dégager trois « tranches » d'enfants incestueux alsacien-mosellans : 1) ceux nés avant l'entrée en vigueur de la loi de 1924, qui peuvent avoir leur double filiation établie en vertu du droit allemand, mais dont la dimension successorale aura été, si l'on en croit la Doctrine, amputée par la loi de 1972³⁶⁷, 2) ceux nés entre les entrées en vigueur des lois de 1924 et de 1955, qui peuvent avoir leur double filiation établie mais limitée à des effets alimentaires, en vertu du droit local, 3) ceux nés à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1955 qui ne peuvent prétendre en aucun cas établir leur filiation à l'égard de leurs deux parents. La solution n'est pas à voir comme une anomalie, mais comme la preuve qu'une telle règle n'est pas si inenvisageable qu'on le lit parfois. En ce sens d'ailleurs, notons que la Commission d'unification législative avait envisagé d'étendre à toute la France la règle locale, mais que l'idée avait été abandonnée par la Commission des réformes du Code civil eu égard à la réforme d'ensemble du régime de la filiation qui se profilait³⁶⁸. En résumé, personne, ici, ne semble se préoccuper d'un quelconque ordre générationnel ! L'argument serait-il opportuniste ?

En deuxième lieu, c'est l'argument selon lequel la levée de l'interdiction de l'article 310-2 du Code civil entraînerait des difficultés pour la liquidation des successions incestueuses qui surprend³⁶⁹. Et pour cause : les notaires sont bien obligés de s'accomoder de liens de famille équivoques lorsqu'ils ont à liquider une succession pour le compte d'un enfant issu d'un inceste relatif³⁷⁰, mais aussi lorsqu'ils ont, de fait, à le faire pour le compte d'un enfant issu d'un inceste absolu, à chaque fois que celui-ci bénéficie du privilège de l'article 202 du Code civil qui prévoit certains effets au mariage putatif³⁷¹ ou qu'il a simplement réussi à établir sa filiation par une action

³⁶⁵ Voir **Annexe 2** : Jurisclasseur d'Alsace-Moselle, fasc. 392, p7 et pages 25-26. Nous remercions l'Institut de Droit local alsacien-mosellan de nous avoir transmis ce document.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ Une analyse téléologique de ladite loi de 1972 permet de penser qu'elle n'a pas voulu appliquer le principe d'égalité successorale aux enfants incestueux dont la filiation a pu être établie par les facilités du droit local. Voir en ce sens : Jurisclasseur d'Alsace-Moselle, *ibid*.

³⁶⁸ R. HOUIN, préc.

³⁶⁹ J. MASSIP, G. MORIN, J.-L. AUBERT, *La réforme de la filiation*, Defrénois, 1973, n°51 s. ; J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*, p1 s. ; P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p334 s. ; F. JOURDAIN-THOMAS, « Les restrictions au libre établissement de la filiation », JCP N 1995, Pratiques, n°3346, p679.

³⁷⁰ D. GUEVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse », in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s. ; J. MASSIP, G. MORIN, J.-L. AUBERT, *op. cit.*

³⁷¹ *Contra* : A. COLIN & H. CAPITANT, *op. cit.*, qui considèrent que la présomption de paternité ne peut avoir joué puisque le mariage a été rétroactivement anéanti. Voir aussi, sur les difficultés d'application : J. BARRÈRE, « Le Droit du mariage dans la loi du 03 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges Marty*, ESPIC, 1978, p16 s.

en recherche de paternité et que le jugement qui a établi la filiation illicite a acquis force de chose jugée³⁷² ! Pareillement, les notaires qui devaient s'occuper de liquidations d'enfants répondant de la loi alsacienne-mosellane ont bien dû répondre de ces situations. Les notaires étrangers, quant à eux, pour les pays qui permettent l'établissement d'une telle filiation³⁷³, semblent s'en accommoder sans difficulté³⁷⁴. Au demeurant, pourquoi ne pas tout simplement choisir la qualité de successible la plus proche et donc la plus favorable à celui qui hérite³⁷⁵ ? En tout état de cause, de telles considérations paraissent bien futiles par rapport à l'enjeu en cause³⁷⁶.

En troisième et dernier lieu, c'est l'appel à l'intérêt de l'enfant qui paraît manquer de cohérence. Le concept, difficile à définir³⁷⁷, est « *une boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver* »³⁷⁸. Il s'étend sur trois niveaux³⁷⁹ : l'intérêt des enfants à naître, l'intérêt général des enfants déjà nés et l'intérêt particulier des enfants déjà là. Aussi, il devient délicat de déterminer qui doit le définir³⁸⁰. La société ? les parents de l'enfant ? l'enfant lui-même ? Lorsqu'il est en âge de le faire et que la décision le concerne directement, le législateur reconnaît généralement que c'est à l'enfant lui-même que l'appréciation revient³⁸¹. Souvent utilisé de façon « *incantatoire* »³⁸², l'intérêt de l'enfant est un « *écran de fumée* »³⁸³ derrière lequel se cachent les intérêts bien compris de ceux qui l'instrumentalisent³⁸⁴. En matière d'argumentation servant à justifier la prohibition de l'article 310-2, la schizophrénie est frappante. Preuve en est par exemple que si l'intérêt de l'enfant est l'argument préféré pour justifier de la prohibition de l'inceste en matière de filiation, c'est également l'argument n°1 retenu pour justifier de la levée de cette même prohibition en matière d'empêchements à mariage³⁸⁵...

³⁷² C. AUBRY & C. RAU, *op. cit.*, p216 s.

³⁷³ Tels que l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, la Grèce... Voir aussi : S. PERRIN, préc.

³⁷⁴ D. GUEVEL, « Taire les origines... », préc. et G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, Tome I, 2^{ème} partie, Sirey, 1956, n°752 s.

³⁷⁵ D. GUEVEL, « Taire les origines... », *ibid.*

³⁷⁶ A. BRETON, « L'enfant incestueux », in *Etudes Marc Ancel*, 1976, p309 s. pour qui « *les intérêts en jeu sont ici trop graves pour être mis en balance avec les difficultés ou même les absurdités d'une liquidation successorale.* »

³⁷⁷ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p405 s.

³⁷⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995. 249.

³⁷⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, 224.

³⁸⁰ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

³⁸¹ V. VOISIN, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », *LPA*, 2004, n°71, p13. et J-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 2010, n°200, p29.

³⁸² M. FABRE-MAGNAN, préc.

³⁸³ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, préc.

³⁸⁴ *Ibidem* ; *RTD Civ.* 1995. 249. et J-L. RENCHON, préc.

³⁸⁵ P. MURAT (dir.), *op. cit.* ; R. MICHEL, « Des dispenses en matière de mariage, autorisations et oppositions », *JCP G* 1965, I, 1908. ; M. BIEGELMANN-MASSARI, « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 », *Population* 1966.61.

L'incohérence se fait également sentir au travers des usages variés de l'intérêt de l'enfant concernant différentes règles de droit et surtout concernant différentes facettes de l'Interdit. A cet égard, la solution rigoriste adoptée en matière de filiation adoptive par la Cour de cassation, et à sa suite par le législateur, est représentative. En 2004, comme indiqué précédemment, la Haute Juridiction avait refusé de reconnaître l'adoption simple d'un enfant par son propre père incestueux, puisque sa filiation était déjà établie à l'égard de sa mère. Au nom de l'intérêt de l'enfant disent certains. Pourtant, c'est justement au nom de l'intérêt de l'enfant³⁸⁶, en dépit duquel une adoption ne peut jamais être prononcée³⁸⁷, que sont souvent admises les adoptions intrafamiliales³⁸⁸, que le Droit ne répugne pas³⁸⁹. Mais plus encore, pour beaucoup, l'adoption simple a plus pour but d'établir un lien de *de cuius* à successible qu'un lien de parent à enfant³⁹⁰. Mise en perspective avec une remarque précédemment formulée relativement aux dispenses possibles en matière d'empêchement à mariage pour cause de parenté adoptive, ce constat appelle une critique : soit l'adoption simple est considérée comme générant un lien filial à part entière symboliquement parlant, et dans ce cas, il est incohérent que le régime des empêchements à mariage soit plus laxiste à son égard ; soit l'adoption simple est considérée comme créant une filiation de moindre importance, à vocation simplement successorale, et dans ce cas il est injustifié qu'on l'empêche d'être établie lorsqu'elle se porte sur une relation incestueuse³⁹¹.

Plus généralement, on pointe les intérêts que la disposition protégerait en privant l'enfant de son double rattachement filial. Le Doyen Cornu s'étonne : depuis quand l'intérêt d'un enfant n'est d'avoir qu'un seul parent³⁹² ? Françoise Dekeuwer-Défossez, quant à elle, s'insurge : retirer des droits n'a jamais été dans l'intérêt de celui à qui on l'impose ; au surplus, la vérité a une valeur propre qu'on doit protéger en droit de la famille³⁹³ ! D'autant plus que si le seul parent auquel l'enfant est rattaché prédécède, l'absence de deuxième parent condamnera l'enfant à être mis sous tutelle, ce qui implique au passage de lourdes démarches et semble bien éloigné de son intérêt³⁹⁴. Dans l'arrêt du 8 juin précité³⁹⁵, les juges se sont trouvés bien embarrassés : l'application de l'article

³⁸⁶ J. HAUSER, « L'adoption par les grands-parents », RTD civ. 1995. 344

³⁸⁷ Article 353 du Code civil.

³⁸⁸ Pour l'adoption d'un enfant par sa propre sœur : CA Paris, 10 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-020403 ; JCP G 1998, II, 10130, note C. Philippe.

³⁸⁹ J. HAUSER, « Adoption par les grands-parents et recompositions familiales », RTD civ. 2001. 576. Mais A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759. et JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou. pour une critique des adoptions intrafamiliales *per se*.

³⁹⁰ A. BÉNABENT, *op. cit.*

³⁹¹ A. BÉNABENT, *op. cit.*

³⁹² G. CORNU, « La famille unilinéaire » in *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p137 s

³⁹³ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, « Réflexions... », préc.

³⁹⁴ C. GRIS, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, Thèse, Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, p5 s.

³⁹⁵ CA Caen, 8 juin 2017, RG n°16/01314.

310-2 Cc, qui est soi-disant fondé sur l'intérêt de l'enfant, s'est trouvée en pratique allant à l'encontre de l'intérêt de l'enfant³⁹⁶...

Au demeurant, si c'est d'un véritable danger que l'article 310-2 Cc veut protéger l'enfant en le coupant partiellement de ses parents, alors il est inutile. Les articles 375, 378 et 379-1 du même Code offrent déjà une réponse efficace au danger qui peut menacer un enfant en permettant que soient prises des mesures d'assistance éducative et que soit retirée partiellement ou totalement l'autorité des parents déficients³⁹⁷. En la matière, nul besoin d'ailleurs qu'il soit fait état de violences inouïes. Il suffit que sa santé, sa sécurité ou sa moralité soient en danger ou que les conditions de son développement physique, affectif, intellectuel et social soient compromises. Aussi, si le législateur a bien institué l'article 310-2 dans le souci de l'intérêt de l'enfant entendu comme sa mise hors de danger, il l'a fait sur de pures spéculations élaborées arbitrairement en amont et *in abstracto*, considérant qu'une famille incestueuse serait nécessairement inadaptée au développement d'un chérubin. Drôle de méthode pour une règle de droit aussi préjudiciable.

Ceci étant, il est pour le moins surprenant que le Droit prétende cacher à l'enfant³⁹⁸ ou aux autres³⁹⁹ les circonstances de sa naissance en ne faisant pas apparaître sa double parenté à l'état civil⁴⁰⁰. Pour l'enfant d'abord : il paraît bien naïf de penser qu'il ne l'apprendra pas un jour⁴⁰¹ ! Il ne fait aucun doute que « *tôt ou tard le scandale éclatera* »⁴⁰²...en effet, « *qui peut interdire la mère, le père ou toute autre personne d'apprendre à l'enfant qui est son géniteur ?* »⁴⁰³. Vis à vis des autres ensuite : il est rare, de nos jours, que l'on ait à présenter ses actes d'état civil dans la vie quotidienne⁴⁰⁴. En bref, l'argument semble peu raccord à la réalité⁴⁰⁵.

Toutes ces considérations paternalistes s'appuient d'ailleurs sur une vision réduite de l'enfant. Si l'image d'un enfant mineur en quête de protection est évidemment le référentiel le plus pertinent, cela ne devrait pas occulter la possibilité qu'un enfant puisse être aussi un majeur accompli, ayant fini sa construction identitaire, qui réclamerait simplement que ses droits soient reconnus.

³⁹⁶ H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », Dr. fam. 2017, n°11, comm 224.

³⁹⁷ Les articles 222-31-2 et 222-27-3 introduisant une surqualification pénale en matière de violences sexuelles incestueuses imposent d'ailleurs le juge de statuer sur le retrait de l'autorité parentale prévu aux articles 378 et 379-1 Cc susvisés.

³⁹⁸ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 7^{ème} édition, 2016, n°477.

³⁹⁹ J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*

⁴⁰⁰ M. BRUSORIO-AILLAUD, *op. cit.*

⁴⁰¹ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p352 s.

⁴⁰² R. HOUIN, préc.

⁴⁰³ M. DOURIS, *L'enfant à particularités*, Thèse, Lyon III, 2006, n°11 s.

⁴⁰⁴ S. PERRIN, préc.

⁴⁰⁵ D. GUEVEL, « Taire les origines... », préc.

Des **incertitudes juridiques**, d'autre part. La plus évidente est celle qui frappe la seconde parenté incestueuse juridiquement rejetée. En effet, que le Droit nie ce lien filial ne le fait pas pour autant disparaître⁴⁰⁶. Qu'en est-il alors ? Ledit lien doit-il être totalement ignoré ou seulement empêché d'établissement ? Personne n'en sait trop rien : aucun consensus n'a été trouvé.

Une partie de la Doctrine défend l'idée que ce lien de parenté ne doit avoir aucun effet juridique. À l'appui de leur propos, des auteurs avancent en effet tout d'abord que rien dans la loi n'autorise à penser qu'un lien de fait puisse avoir des effets juridiques⁴⁰⁷. Ils ajoutent qu'une telle reconnaissance de ces effets servirait à étendre les empêchements à mariage aux personnes liées par une parenté de fait⁴⁰⁸, ce qui contreviendrait à l'adage « *en matière de mariage, pas de nullité sans texte* »⁴⁰⁹ et ouvrirait la porte à l'arbitraire⁴¹⁰. En sus, ils relèvent l'inconsistance qu'il y aurait à se servir d'un lien de fait tout en refusant de l'établir⁴¹¹. Enfin, ils prennent appui sur la Jurisprudence, qui, selon eux, aurait tendance à refuser de donner effets à une parenté de fait⁴¹².

À l'inverse, certains auteurs soutiennent l'idée que la parenté de fait ne peut être ignorée totalement du Droit⁴¹³. À leur corps défendant, ils font d'abord remarquer que rien dans la loi n'indique que les dispositions traitant de la parenté ne couvre pas la parenté de fait⁴¹⁴. Ils poursuivent en affirmant que la consécration, par le législateur, de l'action à fins de subsides constitue la preuve que le Droit peut faire produire des effets juridiques à une parenté non-légalement établie⁴¹⁵. Ce point mérite que l'on s'y arrête.

Pour que l'argument tienne, il faut admettre en effet que l'action à fins de subsides se fonde sur la parenté existant entre le débiteur et l'enfant. Or, cette prémisse n'a rien d'évident. À l'origine, c'est-à-dire avant qu'elle ne soit consacrée par le législateur, l'action permettant à un enfant de réclamer à son parent de fait des aliments se fondait sur l'idée d'une promesse d'entretien⁴¹⁶. La promesse subsistait d'ailleurs si la filiation était établie à l'égard d'un tiers⁴¹⁷. L'action s'apparentait donc simplement à l'exécution forcée d'un contrat. L'action à fins de subsides, introduite par la loi du 3 janvier 1972 citée plus avant, ne prétend pas se fonder sur une

⁴⁰⁶ A. BRETON, préc.

⁴⁰⁷ A. WEILL & F. TERRÉ, *op. cit.*, n°232 s.

⁴⁰⁸ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, V° Mariage, juin 2016, n°340.

⁴⁰⁹ A. WEILL & F. TERRÉ, *op. cit.*, p244 s. ; J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*, n°141 s.

⁴¹⁰ A. WEILL & F. TERRÉ, *Droit civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, 1978, n°232 s. ; P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p1 s. et M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *op. cit.*

⁴¹¹ C. AUBRY & C. RAU, *Droit civil français*, 6^{ème} édition, Tome VII, par P. Esmein, Editions techniques, 1948, p86 s.

⁴¹² M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *op. cit.*, citant CA Grenoble, 14 janvier 1889, DP 1890. 2. 193, note Flurer.

⁴¹³ C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 6^{ème} édition, 1999, n°28 s.

⁴¹⁴ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *op. cit.*

⁴¹⁵ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *op. cit.*; J-J. LEMOULAND, *op. cit.*

⁴¹⁶ Voir aussi : H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, p416 s.

⁴¹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 1976, D. 1978.489 et note Guiho.

quelconque parenté, notamment parce qu'elle ne repose pas sur la preuve de la procréation⁴¹⁸. Officiellement, le mécanisme répondrait d'une *fonction indemnitaire*⁴¹⁹. À son propos, le Garde des Sceaux aurait déclaré : « *Nous ne sommes plus du tout dans le domaine de la filiation ; nous sommes, en réalité, dans le domaine de la responsabilité* »⁴²⁰.

Pour autant, une kyrielle d'indices permettent de penser que l'action est en réalité guidée par l'idée d'une *paternité alimentaire*⁴²¹ : l'homme concerné est celui qui a eu des relations charnelles avec la mère pendant la période légale de conception (342 Cc), l'expertise biologique est désormais de droit⁴²² et la preuve de la non-paternité vaut moyen de défense (342-4 Cc), l'obligation de verser des subsides disparaît si l'enfant établit finalement sa deuxième filiation (342-8 Cc), le mariage est prohibé entre le débiteur et l'enfant (342-7 Cc)⁴²³, le délit d'abandon de famille prévu à l'article 227-3 du Code pénal s'applique au débiteur de subsides qui cesse de verser les aliments, et, enfin, avant qu'il ne fût abrogé, l'article 371-4 Cc, qui permet au juge d'accorder un droit de correspondance ou de visite à un tiers, était utilisé par les tribunaux au bénéfice du débiteur de subsides⁴²⁴...

En définitive, un mot revient à la bouche de tous les auteurs : l'action à fins de subsides serait une « *hypocrisie* » légale⁴²⁵. Somme toute, puisqu'il s'agit là de son fondement, elle accorderait bel et bien donc des effets juridiques à une parenté de fait.

Cette question étant réglée, et avec elle, l'argument validé, il convient de continuer d'énumérer les justifications des défenseurs de la prise en compte de la parenté de fait. Tout comme leurs opposants, ils font également état de décisions judiciaires appuyant leur position⁴²⁶.

Enfin, en tout dernier recours, ceux-ci font appel à la morale⁴²⁷, qui, à les lire, devrait primer toute logique juridique⁴²⁸. En effet, la morale fondant l'interdit dont est issue la prohibition de l'établissement d'une double filiation incestueuse, elle devrait permettre de venir au secours des hypothèses malheureuses découlant de cette même prohibition⁴²⁹... puisque c'est

⁴¹⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*

⁴¹⁹ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, p413 s.

⁴²⁰ Déclaration du Garde des Sceaux, JO, Débat Ass. Nat. 1971, p4323 et 4324, citée par H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*

⁴²¹ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*

⁴²² P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°213 s.

⁴²³ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p365 s.

⁴²⁴ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*

⁴²⁵ Une hypocrisie.... J. HAUSER, « *Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux* », RTD civ. 2004. 75. ; G. TAORMINA, « *Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique* », D. 2006, chron 1071.... qui révèle qui plus est l'inceste au vu et au su de tous : F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.* ; D. MAYER, « *La pudeur du droit face à l'inceste* », D. 1988, chron. 213.

⁴²⁶ CA, Caen, 08 avril 1833, Jur. Caen 1833. II. 643. ; T. civ. Seine, 07 février 1850, DP 1850. 3. 15 ; CA, Paris, 18 mars 1850, DP 1851. 2. 30. ; T. civ. Versailles, 13 janvier 1892, S. 1892. 3. 92.

⁴²⁷ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p150 s. ; A. WEILL & F. TERRÉ, *op. cit.*, n°232 s.

⁴²⁸ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, 2013, p1 s. et M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, Répertoire de droit civil, V° Mariage, juin 2016, n°340.

⁴²⁹ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, p116 s.

elle qui commande la règle de droit qui les génère⁴³⁰. Par hypothèses malheureuses, on pense avant tout aux empêchements à mariage eux-mêmes fondés sur l'existence d'un lien de parenté. En effet, si elle devait être effectivement ignorée, la parenté de fait serait susceptible de créer des situations rocambolesques : une enfant née d'un inceste père-fille et dont la filiation n'aura été établie qu'à l'égard de sa mère, pourrait épouser son propre père en toute légalité⁴³¹ ; un frère et une sœur nés d'un inceste absolu et dont chacun aurait établi sa filiation à l'égard d'un parent différent pourraient se marier etc.⁴³²...il s'agirait là d'un bien ironique retour de bâton.

En dehors de ces hypothèses ubuesques, la question de la prise en compte ou non de la filiation de fait se pose également pour les effets découlant de la filiation : quid d'un devoir alimentaire de l'enfant envers son parent de fait ? quid de la transmission du nom ? A la première question, les auteurs sont divisés : certains s'offusquent de penser que l'on pût condamner un enfant incestueux à verser des aliments à son géniteur « coupable »⁴³³, tandis que d'autres y voient là une dette sacrée que le Droit ne doit pas hésiter à faire payer⁴³⁴. À la seconde question, la Jurisprudence apporte une réponse dont l'ancienneté et le défaut de bilatéralité font douter de sa portée actuelle. Par un arrêt du 18 juin 1707, le Parlement de Paris a en effet affirmé qu'il devait être permis à un enfant incestueux de porter le nom de son père, à l'égard duquel sa filiation n'était pas légalement établie, celui-ci n'étant juridiquement rattaché qu'à sa mère⁴³⁵.

La seconde incertitude juridique notoire concerne l'hypothèse d'une simultanéité de reconnaissances prénatales. Pour bien comprendre les raisons d'être de cet enjeu, il faut avoir à l'esprit les règles qui organisent l'établissement de la filiation. En vertu de l'article 311-25 du Code civil, la filiation est établie à l'égard de la mère par simple désignation de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant. Quant au père, s'il ne peut bénéficier de la présomption de paternité de l'article 312, ce qui est nécessairement le cas en matière d'unions incestueuses puisque le mariage leur est refusé, il peut reconnaître volontairement l'enfant en vertu de l'article 316 Cc. L'article précise que la reconnaissance peut être faite avant ou après la naissance, et qu'elle est également un mode d'établissement de la filiation ouvert à la femme. Ajoutons à cela l'article 310-2 du Code civil prohibant l'établissement d'une double filiation incestueuse qui affirme que ne sera juridiquement efficace que la seule filiation établie en premier, et on obtient la règle suivante : le premier qui reconnaît l'enfant a gagné⁴³⁶.

⁴³⁰ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2015, n°841 s.

⁴³¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Tome II, 3^{ème} édition, Bruylant, 1878, p458 s.

⁴³² G. CORNU, *op. cit.*, p388 s.

⁴³³ C. AUBRY & C. RAU, *Droit civil français*, 6^{ème} édition, Tome IX, par P. Esmein, Librairies techniques, 1953, p300 s.

⁴³⁴ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p14 s.

⁴³⁵ Arrêt rapporté par : C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, Lahure, 1881, p598 s.

⁴³⁶ P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°211 s.

Dès lors, la question s'impose d'elle-même : que se passe-t-il si deux parents, séparés par un degré de parenté que la loi empêche d'établir concurremment, reconnaissent simultanément, avant sa naissance, leur enfant ? Hypothèse d'école dira-t-on. Rien n'est moins sûr ! Premièrement parce que le cadre juridique rend les choses vraisemblables : les reconnaissances prénatales doivent indiquer la date mais également l'heure de la déclaration⁴³⁷. Deuxièmement parce que l'Histoire nous apprend que ce n'est pas la première fois que le *principe chronologique* pose des difficultés pratiques en matière de filiation⁴³⁸. Avant 2005 en effet, la dévolution du nom de famille suivait le même chemin : le premier parent qui avait établi sa filiation transmettait son nom à l'enfant⁴³⁹, tandis qu'en cas de reconnaissances simultanées, le nom du père s'imposait⁴⁴⁰. On avait vu alors une Jurisprudence vaudevillesque éclore puisque « *dans l'appréciation de cette chronologie, le jour compte, bien sûr, mais l'heure aussi... à la minute près !* »⁴⁴¹. Les juges ont ainsi pu retenir effectivement des reconnaissances jugées simultanées⁴⁴². Ainsi présenté, le problème se décompose maintenant en deux interrogations : 1) Qu'entend-on par reconnaissances « simultanées » ?, 2) Que faire en cas de simultanéité portant sur des reconnaissances prénatales d'enfant incestueux ?

À la première question, la Jurisprudence n'apporte pas de solution fixe. Lorsqu'elle avait dû se prononcer sur la question en matière de dévolution du nom, elle n'était pas parvenue à trouver une réponse uniforme. Parfois, rigoriste, elle retenait que 5 minutes d'écart valaient successivité⁴⁴³. Parfois, plus clémente, elle considérait que 15 ou 30 minutes d'écart valaient simultanéité⁴⁴⁴. Une différence de plusieurs heures (11h50 contre 15h15)⁴⁴⁵, voire d'une journée⁴⁴⁶ avait même pu être admise comme valant simultanéité. Parfois enfin, adoptant un raisonnement plus subjectif, elle choisissait d'apprécier la simultanéité au regard de l'intention qu'avaient eu les parties de reconnaître en même temps ou non l'enfant⁴⁴⁷. Depuis 2005, les règles ont changé et les parents peuvent désormais choisir de transmettre l'un, l'autre ou leurs deux noms de famille, ce qui a considérablement contribué à limiter les litiges. L'hypothèse n'est toutefois pas

⁴³⁷ Voir à cet effet les modèles–types proposés par la Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, p149 et 150.

⁴³⁸ J. MASSIP, *Le nom de Famille*, Defrénois 2005, p21 s.

⁴³⁹ P. MURAT (dir.), *op. cit.*

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les reconnaissances faites par les parents d'un enfant naturel à cinq minutes d'intervalle ne sont pas simultanées : portée quant au nom de l'enfant », D. 1996. 152

⁴⁴² TGI Lille, 03 février 1987, JCP 1990. II. 21447, note Labbé.

⁴⁴³ CA, Toulouse, 28 mars 1995, RG n°94/2440, D. 1996, Somm. 152, obs Granet. Pour un critique de cette approche rigoriste : F. GRANET, « Deux reconnaissances transcrites à cinq minutes d'intervalle ne sont pas des reconnaissances simultanées », D. 1999. 197.

⁴⁴⁴ CA, Reims, 30 janvier 1997, RG n°2974/95, Dr. Fam. 1997. Comm. 133, obs Murat [] ; Defrénois 1998, 36753, note Massip.

⁴⁴⁵ CA, Nîmes, 06 février 2002, RG n°01/248, Dr. Fam. 2002, Com. 82, obs Murat. L'argument endossé par les juges étaient toutefois douteux : Ils avaient retenu la simultanéité dans l'unique but de faire primer le nom du père, arrivé après.

⁴⁴⁶ CA, Paris, 13 novembre 1990, RG n°89/12266, D. 1991, IR. 8.

⁴⁴⁷ CA, Paris, 21 janvier 1999, RG n°98/13890, D. 1999, Somm 197, obs Granet, RTD Civ. 1999. 357, obs Hauser.

définitivement écartée puisqu'en l'absence d'accord sur le choix du nom et de simultanéité de reconnaissances, c'est toujours le nom du père qui l'emporte⁴⁴⁸. En tout état de cause, pour le cas des unions incestueuses, l'incertitude demeure intacte ; d'autant plus que les reconnaissances prénatales peuvent être reçues par n'importe quel officier d'état civil⁴⁴⁹, et donc exactement à la même heure, et que l'enjeu de l'ordre des reconnaissances est mal connu des services qui s'en chargent⁴⁵⁰.

À la seconde question donc, force est de constater que rien ni personne n'est en mesure d'offrir une réponse certaine. Aussi, nous nous contenterons de présenter quelques idées avancées par d'autres, sur une question légèrement différente, mais qui peuvent tout de même éclairer le débat⁴⁵¹. On pourrait ainsi opter pour une conception extrêmement rigoriste de la simultanéité, en admettant qu'une minute d'écart suffit à caractériser la successivité. Néanmoins, si elle permet de réduire à peau de chagrin les contestations, cette solution ne permet pas de répondre à l'hypothèse précitée d'une parfaite simultanéité⁴⁵². Force est alors de constater qu'« *il existe des conflits de filiation pour lesquels il n'existe pas de solution* »⁴⁵³. En outre, elle soumet l'établissement de la filiation d'un parent à des questions d'une contigence inadéquate comparée à l'importance que revêtent les questions d'état⁴⁵⁴. On pourrait sinon privilégier par principe la reconnaissance de la mère parce qu'elle est plus sûre de sa parenté⁴⁵⁵. Cet argument est cependant critiquable pour son caractère arbitraire et peu juridique⁴⁵⁶. On pourrait aussi laisser l'enfant choisir la filiation qu'il trouvera la plus avantageuse pour lui. Enfin, on pourrait laisser le juge trancher, notamment au regard de l'intérêt de l'enfant, ainsi qu'a pu le faire la cour d'appel de Caen dans l'arrêt du 8 juin 2017⁴⁵⁷.

⁴⁴⁸ P. MURAT (dir.), *op.cit.*

⁴⁴⁹ Voir à cet effet les modèles–types proposés par la Circulaire, *op. cit.*, p145. On pense donc à l'hypothèse de deux reconnaissances faites auprès de deux officiers différents, car si cela est fait devant le même, car sinon on peut rétorquer qu'il n'y a pas simultanéité car « *à moins d'en écrire une de chaque main, il faut bien que l'officier de l'état civil commence par l'une !* » (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les reconnaissances... », préc.)

⁴⁵⁰ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit de filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », D1986, chron p304.

⁴⁵¹ Sauf indication contraire, tous ces arguments et contre-arguments nous sont rapportés par : C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, Lahure, 1881, p598 s.

⁴⁵² Nous reconnaissons toutefois ici le caractère très peu probable d'une telle situation.

⁴⁵³ A. BATTEUR, « L'enfant né d'un inceste entre frère et soeur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », D. 2017. 2107.

⁴⁵⁴ J. HAUSER, « Le nom de l'enfant naturel au prix de la course », RTD civ. 1999. 357 qui évoque le hasard, le défaut d'informations des parents, leur esprit stratège etc.

⁴⁵⁵ En ce sens également : A. BATTEUR, « L'enfant né d'un inceste entre frère et soeur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », D. 2017. 2107., qui craint toutefois que sa proposition soit taxée de « *sexiste* » et de « *discriminatoire* ».

⁴⁵⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Tome IV, 3^{ème} édition, Bruylant, 1878, p219 s. pour qui l'interprète du Droit doit raisonner selon des principes de Droit et non des principes de fait.

⁴⁵⁷ CA Caen, 8 juin 2017, préc.

Finalement, toutes ces incohérences et imprécisions nous enseignent ce que l'on savait déjà : les juristes se soucient peu du droit civil de l'inceste. Plus inquiétant encore, elles nous prouvent qu'il subsiste un doute profond quant aux véritables fondements de la prohibition qui le façonne⁴⁵⁸.

Chapitre 2 : Des déficiences grandissantes

L'interdiction de l'union incestueuse a été pensée sur le modèle de la famille traditionnelle, c'est-à-dire celle qui s'organise autour du mariage et pense la procréation comme un *fatum* insusceptible de revendications individualistes et volontaristes. Mais la famille traditionnelle n'est plus. Ou, plus exactement, elle n'est plus seule. Le droit civil de l'inceste n'a pas su s'adapter : il appert dépassé face aux nouvelles formes de famille (Section 1) et à la gestion moderne de la procréation (Section 2).

Section 1 : Liées aux nouvelles formes de famille

Force est de constater que le modèle traditionnel de la famille s'est vu concurrencé par d'autres modèles de vies familiales, plus spontanées et moins engageantes. En réponse à elles, le droit de la famille s'est globalement plutôt bien accommodé. Le droit de l'inceste fait exception⁴⁵⁹. Désintéressé de la question, il perd un peu plus de sa cohérence face au concubinage et au pacte civil de solidarité⁴⁶⁰.

Face au **concubinage** d'une part. À cet égard, on peut distinguer deux points que le droit gère mal : d'un côté la question de la création directe d'une famille incestueuse *par* le concubinage lui-même, de l'autre la question de la création indirecte d'une famille incestueuse *autour* d'un concubinage.

Dans le premier cas, on pense à l'hypothèse de deux individus, éloignés par un degré parenté qu'il leur interdit de se marier, qui s'engageraient dans une relation amoureuse stable et continue. En vertu de l'article 515-8 du Code civil, ceux-ci semblent pouvoir se prévaloir de la qualification de concubins. Le droit pose en effet comme uniques conditions d'une part l'existence d'une union de fait impliquant une communauté de vie, d'autre part les caractères

⁴⁵⁸ S. PERRIN, préc. ; A. BATTEUR, préc.

⁴⁵⁹ A. BATTEUR, *ibid.*

⁴⁶⁰ X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », LPA, 2012, n°334. qui relève qu'il est difficile de trouver une *approche unitaire* de la prohibition de l'inceste quand dans le même temps les objets auxquels il semble vouloir s'appliquer (mariage, concubinage, PACS) répondent de définitions et de logiques différentes.

stable et continu de cette union (ce qui semble exiger une certaine notoriété)⁴⁶¹. Il n'envisage aucune exception. En d'autres termes, le législateur ne prévoit aucun « *empêchement à concubinage* ». *A priori* donc, rien ne s'oppose à ce qu'un couple incestueux endosse la qualité de concubins et, par voie de conséquence, bénéficie des effets juridiques qui découlent de ce régime⁴⁶². Pourtant, certains s'en agacent⁴⁶³. Pour Xavier Labbé par exemple, un couple incestueux ne devrait pas pouvoir obtenir un certificat de concubinage, ni bénéficier du RSA de couple, ni même agir en justice en qualité de concubin.e⁴⁶⁴.

Cependant, si on ne peut nier que le concubinat incestueux était prohibé par le droit romain⁴⁶⁵ dont le Code civil s'est largement inspiré, et que les empêchements à mariage permettent de penser que le législateur aura voulu refuser toute reconnaissance juridique d'unions légales incestueuses, il ne peut être fait fi des règles de droit général. Celles-ci commandent d'apprécier largement les règles générales et strictement les exceptions. En ce sens, l'article 515-8 du Code civil doit être entendu *lato sensu* et les empêchements à mariage *stricto sensu*. Difficile alors de rejeter la légalité du concubinage. Il est toutefois évident que le résultat émane d'une déficience des textes et non d'une volonté politique : jamais le législateur n'a entendu consacrer une quelconque reconnaissance juridique de l'union incestueuse en introduisant l'article 515-8 Cc⁴⁶⁶.

Le concubinage étant avant tout une union de fait, un autre bémol législatif vient ternir l'apparente infaillibilité du droit : rien n'empêche en effet qu'une même personne recourt à l'adoption simple à l'égard de deux individus concubins entre eux, ou à tout le moins liés par une certaine vie commune⁴⁶⁷. À ce titre naîtrait alors une famille incestueuse par le truchement *a posteriori* de la loi, c'est-à-dire un « *inceste légal* »⁴⁶⁸.

Dans le second cas, on pense aux familles qui se construisent autour d'un concubinage préexistant. Il en va ainsi des familles recomposées, mais aussi des unions entre deux individus « alliés » par le concubinage d'un de leur proche.

S'agissant des familles recomposées, la question porte sur les rapports entre quasi-frères et sœurs, c'est-à-dire sur les enfants qui n'ont aucun lien de sang mais qui sont liés par une vie

⁴⁶¹ P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°140.21 s.

⁴⁶² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « A propos du pluralisme des couples et des familles », LPA, 1999, n°84, p29. ; N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, n°575 s. ; C. GRIS, *op. cit.*

⁴⁶³ X. LABBÉE, préc. et D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2013, p290 s. notamment.

⁴⁶⁴ X. LABBÉE, *ibid.*

⁴⁶⁵ P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Tome III : Le droit familial*, PUF, 1968, p168 s.

⁴⁶⁶ X. LABBÉE, préc.

⁴⁶⁷ Sur cette hypothèse : I. CORPART., « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, doct. 888. Nous doutons toutefois que le tribunal prononcerait l'adoption s'il a vent de la relation des adoptés.

⁴⁶⁸ D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. famille* 2003, étude 29.

commune, fruit de la relation sentimentale née entre leurs parents respectifs⁴⁶⁹. Ces derniers se considèrent souvent comme autant liés que le sont des frères et sœurs de sang. Rien d'étonnant à cela quand on sait que le sentiment fraternel naît plus du fait d'avoir grandi ensemble que de la conscience d'avoir une ascendance commune⁴⁷⁰. Partage de l'autorité parentale oblige, ces quasi-frères-sœurs se voient parfois même plus entre eux qu'ils ne voient leurs propres frères et sœurs restés sous la garde de l'autre parent séparé⁴⁷¹. Ces nouveaux schémas familiaux rendent plus ardue encore la délimitation de l'inceste⁴⁷². Pour autant, le législateur n'a pas cherché à répondre à ces situations de fait émergentes, et n'a pas étendu les empêchements à mariage (ou à PACS) aux quasi-frères et sœurs. En définitive, force est de constater que le Droit s'accorde mal aux nouvelles conceptions volontaristes de la famille et reste accroché à une approche dogmatique et rigide de la prohibition de l'inceste. Ainsi, un frère et une sœur de sang n'ayant pas grandi ensemble seront empêchés de mariage⁴⁷³, tandis qu'un frère et une sœur « de cœur » ayant grandi depuis leur naissance ensemble pourront s'épouser en toute légalité. La solution a de quoi surprendre.

S'agissant des unions entre « pseudo-alliés », c'est-à-dire des unions entre deux personnes dont l'une d'entre elle a précédemment entretenu une relation de concubinage avec une personne de la famille de l'autre, - *par exemple entre un homme et la sœur de son ex-concubine* -, le Droit reste indécis. Faut-il leur interdire le mariage ? Autrement dit, le concubinage est-il créateur d'un lien d'alliance susceptible de mettre en mouvement les empêchements à mariage prévus par la loi ? Avant toute chose, on peut relever que la question exclut les simples relations sexuelles passagères ou instables, celles-ci ne créant jamais d'alliance entre les amants⁴⁷⁴. Dès lors, rien n'empêche à une femme d'épouser le père ou le fils de son ancien partenaire sexuel, ce qui risque fort, soi-dit en passant, de ne pas plaire à tout le monde.

Plus délicate est la question touchant aux relations de concubinage. Pour certains, le concubinage ne crée pas d'alliance⁴⁷⁵. Pour leur défense, ils arguent que rien dans le Code ne prévoit une telle disposition, et que les empêchements à mariage sont de sens étroit⁴⁷⁶. Plus encore, toute autre disposition dans le Code faisant référence à la notion d'« alliés » s'applique

⁴⁶⁹ D. GUEVEL, « La famille incestueuse », LPA, 2004, n°290, p2.

⁴⁷⁰ G. CORNU, « La fraternité », in *Mélanges Jean Savatier*, 1992, cité par J. CARBONNIER, *op. cit.*, p35 s. ; J-M. USEO, *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014, p29 s.

⁴⁷¹ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, n°638 s.

⁴⁷² J-M. USEO, *op. cit.*, p7 s. Egalement : H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », *Dr. fam.* 2017, n°11, comm. 224.

⁴⁷³ Qui reconnaît pourtant que si les individus ont grandi loin l'un de l'autre, la prohibition est moins fondamentale : CA, Paris, 18 mars 1850, DP 1851.2.30. En ce sens aussi : C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Tome I, Lahure, 1881, p127 s.

⁴⁷⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p446 s.

⁴⁷⁵ *Ibidem* ; C. AUBRY & C. RAU, *op. cit.*, p2 s. ; J-J. LEMOULAND, *op. cit.*, p3 s. ; D. FENOUILLET, *op. cit.*, p290 s.

⁴⁷⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*

aux seules relations issues du mariage⁴⁷⁷. L'ancien droit et le droit canonique reconnaissent certes l'alliance née du concubinage, mais ces derniers ne sont plus en vigueur et ont été primés par le Code civil, qui n'en fait pas mention⁴⁷⁸. Enfin, la Jurisprudence, selon eux, aurait refusé de reconnaître que le concubinage génère un lien d'alliance⁴⁷⁹, et ce, quand bien même un enfant serait issu de la relation et que celui-ci aurait été reconnu par les deux parents⁴⁸⁰. Cette solution entre en contradiction flagrante avec le droit civil de l'inceste lorsqu'il prétend préserver la famille des désordres possibles. En effet nul ne peut prétendre qu'une union entre un homme et la fille de son ex-concubine de qui il a eu des enfants nuirait moins à la paix des familles qu'une union entre un homme et la fille de son ex-épouse⁴⁸¹.

C'est pour cette raison qu'une partie de la Doctrine affirme au contraire que le concubinage est créateur d'alliance⁴⁸². Au soutien de son opinion, celle-ci fait valoir que l'alliance repose sur l'affinité, affinité qui naît de la vie commune et non du mariage⁴⁸³. Celle-ci, par essence, existe donc entre concubins. Dès lors, le concubinage produirait une alliance cause d'empêchement à mariage au même titre que le mariage lui-même. Etouffée hier parce qu'elle était perçue comme cause de trouble, l'affinité née du concubinage devrait aujourd'hui selon eux déployer tous ses effets sans être entravée. Pour la reconnaître, attention toutefois : il convient de rapporter la preuve de l'existence d'une vraie relation stable et continue et non pas simplement « *d'établir que c'était le bruit du quartier* »⁴⁸⁴. Pour leur défense également, les auteurs favorables à la reconnaissance d'une alliance née d'un simple concubinage s'appuient sur les règles issues de l'ancien droit et du droit romain. Comme dit précédemment, ces droits consacraient bel et bien l'existence d'une alliance entre concubins⁴⁸⁵. Toutefois, au rebours de leurs opposants, ces auteurs prétendent que cette vision n'a pas été abrogée par le Code civil. Selon eux, il convient d'écarter les règles de l'ancien droit et du droit romain si et seulement si le Code en consacre explicitement des différentes⁴⁸⁶. En matière d'alliance, le Code Napoléon n'offre aucune définition expresse. Aussi, il devrait être admis que celui-ci emploie le terme « alliance » selon leur ancienne acception, c'est-à-dire comme une affinité pouvant naître du concubinage⁴⁸⁷. Dès lors, l'alliance du Code civil couvrirait également l'affinité résultant d'un simple concubinage. Enfin, à leur corps défendant, ces auteurs se prévalent de la Jurisprudence et démentent les conclusions tirées par

⁴⁷⁷ C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p145 s.

⁴⁷⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*

⁴⁷⁹ CA, Nîmes, 03 décembre 1811, Sir 12. 2. 138.

⁴⁸⁰ CA Chambéry, 07 février 1885, DP 1885. 2. 241. - T. civ. Seine, 21 juin 1907, Gaz. Pal. 1907. 2. 398

⁴⁸¹ P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°112 s.

⁴⁸² C. AUBRY & C. RAU, *op. cit.*, p2 s.

⁴⁸³ V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Tome I, 7^{ème} édition, Delamotte & fils, 1873, p428 s.

⁴⁸⁴ M. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, Tome VI, 2^{ème} édition, Cosse & Marchal, 1861, p80 s.

⁴⁸⁵ P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*

⁴⁸⁶ V. MARCADÉ, *op. cit.*

⁴⁸⁷ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*

À l'origine, en effet, le PACS n'est pas une institution à caractère familial. Il a été pensé comme un contrat, qui ne crée pas de famille ni de lien juridique de nature familiale⁴⁹⁷. Son existence n'était à l'origine même pas inscrite sur les actes d'état civil⁴⁹⁸. En ce sens donc, le projet initial ne prévoyait pas d'empêchements pour cause de parenté ou d'alliance entre les partenaires de ce simple contrat d'union sociale⁴⁹⁹. Sous la pression de certains juristes, qui considéraient que le PACS « doit, comme le mariage, respecter les tabous bien ancrés dans nos traditions »⁵⁰⁰, certains empêchements ont finalement été ajoutés à la loi de 1999 ayant introduit le PACS en droit français. Aussi, s'il existe des empêchements, c'est parce que les partenaires forment un couple⁵⁰¹. Dans cette optique, la réaction doctrinale qu'a suscité l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 2017 ayant validé un PACS non-sexuel entre deux hommes non-liés par le sang mais se considérant comme père et fils⁵⁰², traduit bien les difficultés conceptuelles liées à l'inceste. En effet, pour nombre d'auteurs, cette décision est une aberration non seulement parce qu'au cas d'espèce les deux partenaires n'étaient pas réellement en couple, ce qui contrevient donc à l'esprit de la loi sur le PACS⁵⁰³, mais plus généralement parce que ceux-ci se considérant « comme père et fils »⁵⁰⁴, toute dimension amoureuse était *ab initio* impossible ! La Cour d'appel, dont l'arrêt a été cassé, était d'ailleurs allée dans ce sens, affirmant que « la notion de filiation est étrangère à celle de couple ».

Au demeurant, l'anecdote historique de la création du PACS éclaire d'ailleurs sur le réel fondement de l'interdit de l'inceste en droit civil⁵⁰⁵ : le PACS étant conditionné à la preuve d'une vie commune, c'est à l'évidence une prohibition de l'acte sexuel incestueux qui meut la répression juridique de l'inceste⁵⁰⁶. De cette approche en demi-teinte du PACS résulte une conséquence étrange : s'il est un mécanisme juridique « un peu familial », - la présence d'empêchements en sont la preuve -, il demeure en principe un contrat, et ne crée donc pas de lien juridique de nature familiale, c'est-à-dire pas de lien d'alliance. Mais qui dit absence de lien d'alliance dit absence d'empêchements à mariage avec les « alliés » du partenaire⁵⁰⁷. La porte est alors ouverte aux mariages défiant les lois du socialement correct : « *La fille devient femme et le "beau père de fait" parfois*

⁴⁹⁷ Le fameux « PIC » discuté avant le projet de PACS.

⁴⁹⁸ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, n°685 s.

⁴⁹⁹ A. BATTEUR, « L'interdit... », préc.

⁵⁰⁰ C. MARIE & A. CATHELINÉAU-ROULAND, *Droit de la famille*, Bréal, 2016, p382 s.

⁵⁰¹ A. GOUËZEL, « Le PACS sans couple, une hérésie », D. 2017. 2038

⁵⁰² Cass. Civ. 1^{ère}, 08 mars 2017, préc.

⁵⁰³ J. HOUSIER, « Un Pacs "entre père et fils" », RJPF, 2017, n°6. et A. GOUËZEL, « Le PACS sans couple, une hérésie », D. 2017. 2038 qui relève à juste titre que l'association PACS-couple devient encore plus évidente quand on étudie les dispositions extérieures au Code civil qui s'en réfère au PACS, à l'instar de l'article 132-45 du Code pénal qui traite des violences au sein du couple et mentionne les partenaires de PACS. Voir également : P. HILT « Deux personnes qui sont unies par des relations qu'entretient habituellement un père avec son fils peuvent conclure un pacte civil de solidarité », AJ fam. 2017. 363.

⁵⁰⁴ L'un des partenaires aurait ainsi déclaré : « le lien qui nous unit est celui d'un père à son fils, nous avons 44 ans d'écart ».

⁵⁰⁵ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p292.

⁵⁰⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, « PACS et famille », RTD civ. 2001. 529.

⁵⁰⁷ X. LABBÉE, préc.

perd le Nord en dépit de la différence d'âge... « chérie, j'ai le plaisir de t'apprendre que j'ai épousé ta fille devenue récemment majeure... tu n'es plus ma partenaire. Tu es maintenant officiellement ma belle-mère ! »⁵⁰⁸. Si la paix des familles était une personne, elle se retournerait dans sa tombe...

Au-delà de cette incohérence ontologique, le PACS souffre d'une incohérence logique relative, qui apparaît lorsqu'on le met en balance avec la réglementation propre au mariage. Et pour cause : en la matière, les empêchements à PACS diffèrent des empêchements à mariage⁵⁰⁹.

D'une part, rien ne le justifie si l'on considère que sur ce terrain, le PACS a une dimension familiale au même titre que le mariage⁵¹⁰.

D'autre part, car la différence est bipolaire : les empêchements à PACS sont à la fois plus stricts et plus souples que leurs homologues maritaux. Plus stricts d'un côté car s'agissant des empêchements pour cause d'alliance en ligne directe, la législation du PACS ne prévoit pas de dispense possible, contrairement au mariage⁵¹¹. Certains y voient là, -une fois n'est pas coutume- un simple oubli du législateur⁵¹². Plus souples de l'autre car le PACS limite les empêchements, toute branche confondue, au 3^{ème} degré. Cela exclut sans équivoque les arrière-grands-parents (qui sait quelles unions les progrès de la médecine rendront demain possibles !) mais aussi les grand-tantes ou grand-oncles, que la Jurisprudence avait pourtant écartés en matière de mariage sur la base de l'article 162 Cc⁵¹³. Plus souple encore, - pour être honnête devrait-on écrire « plus négligé encore » - car l'article 515-2 Cc ne renvoie ni à l'article 342-7 ni à l'article 366 du même Code.

S'agissant de l'article 342-7 Cc, c'est-à-dire s'agissant des empêchements entre débiteur et créancier de subsides et de sa famille, la lacune n'a, à notre connaissance, jamais été relevée. L'hypothèse échappe sans doute à la critique car d'un côté comme de l'autre elle est symboliquement moindre : les empêchements à mariage pour cause de parenté potentielle n'ont jamais été de ceux qui sont défendus becs et ongles par les juristes ; leur application au PACS, lui-même ersatz de mariage, n'endosse aucune fonction sociale ou symbolique cardinale. Dès lors, la lacune passe inaperçue. La bizarrerie demeure toutefois entière !

S'agissant de l'article 366 Cc, c'est-à-dire s'agissant des empêchements à mariage pour cause de parenté adoptive⁵¹⁴, le silence de l'article 515-2 Cc à son égard a été remarquée par

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°342 s.

⁵¹⁰ Cons. Const. 09 novembre 1999, n°99-419 DC, qui considère que les empêchements à PACS sont justifiés par les mêmes motifs que les empêchements à mariage.

⁵¹¹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p327 s.

⁵¹² Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p222 s.

⁵¹³ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°342 s.

⁵¹⁴ Adoption simple uniquement, l'adoption plénière étant, comme dit en introduction, assimilée purement et simplement à la parenté charnelle et étant donc soumise aux mêmes empêchements.

plusieurs auteurs⁵¹⁵. Ces derniers s'interrogent : doit-on déduire du mutisme du législateur qu'il n'existe pas d'empêchement à PACS pour cause de parenté adoptive ? Pour certains, il faut s'en tenir à la *lettre de la loi* et admettre qu'aucun empêchement ne joue. Ils ajoutent que si l'on retenait au contraire l'existence de tels empêchements, ceux-ci ne pourraient être levés par dispense, ce qui serait incohérent avec le droit du mariage qui, lui, en prévoit⁵¹⁶. Pour les autres, il faut respecter l'*esprit de la loi* et rattacher à l'article 515-2 Cc les cas de parenté adoptive⁵¹⁷. *In fine*, l'incertitude continue de flotter ici comme elle flotte déjà à d'autres endroits... Pour M. Saulier, « *cette différence d'interdits, parfaitement injustifiée, mériterait certainement de disparaître* »⁵¹⁸. Mais qui s'en souciera ?

Inadaptée aux nouvelles formes de famille, la législation civile de l'inceste l'est également pour ce qui est des nouvelles approches juridiques de procréation.

Section 2 : Liées aux nouvelles formes de procréation

En ouvrant la porte à la procréation artificielle et en garantissant le droit d'accès aux origines même dans le cadre de de l'accouchement sous X, le droit répond bien aux nouvelles aspirations qui guident l'homme moderne, à savoir la liberté individuelle et le droit à la vérité. Néanmoins, ces nouvelles facultés compromettent la cohérence de la réprobation juridique de l'inceste.

S'agissant de la **procréation médicalement assistée** (PMA) tout d'abord. En vertu de l'article 16-8 du Code civil, le don de gamètes est protégé par l'anonymat. Aussi, deux difficultés donnent matière à s'inquiéter aux juristes : d'une part on peut souligner le risque consanguin qui peut exister entre deux futurs époux dont l'un (ou les deux) est issu d'une PMA. Ne connaissant pas tout ou partie de son ascendance généalogique, un individu peut ainsi épouser sans le savoir sa sœur, sa nièce, sa tante⁵¹⁹... D'autre part, on peut relever le risque consanguin qui peut exister entre le donneur et la femme qui reçoit le don. Sans le savoir, une femme peut ainsi être inséminée par le sperme de son propre frère ou de son propre père⁵²⁰. Pour éviter ce résultat, les médecins en charge de l'assistance médicale à la procréation s'accordent généralement en pratique

⁵¹⁵ A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°437 ; Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p222 s.

⁵¹⁶ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *ibid.*

⁵¹⁷ *Ibidem.*

⁵¹⁸ M. SAULIER, « À quoi sert le PACS ? », D. 2017. 1292

⁵¹⁹ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p1 s. Aussi : H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », Dr. fam. 2017, n°11, comm 224.

⁵²⁰ A. BATTEUR, « L'interdit... », préc.

pour ne pas associer donneur et receveur dès lors qu'ils sont de la même ville ou du même milieu socio-culturel⁵²¹.

Néanmoins, si sur ce sujet les statistiques sont rassurantes, elles ne peuvent garantir un risque zéro⁵²². On nous opposera que ce dernier n'existe pas. Et que de toutes les unions sexuelles jamais dévoilées, certaines peuvent faire naître des enfants dont la paternité n'est pas celle que l'on croit et laisser se créer, par voie de conséquence, des couples consanguins qui s'ignorent. Certes. Mais dans le cadre de la PMA, le risque ne naît pas de l'erraticité de l'humain, mais bien des règles de droit, qui, dans un autre temps, rejettent pourtant avec force les mariages consanguins⁵²³.

En outre, c'est la question des conditions d'éligibilité à la PMA qui pose problème au regard de la prohibition de l'inceste en droit civil. En effet, l'article L2141-2 al2 du Code de la santé publique, qui énumère les qualités que doivent avoir les candidats à la PMA, ne semble pas en faire cas. Si la disposition exige que la demande émane d'un couple⁵²⁴, elle ne mentionne aucun degré de parenté entre les demandeurs pouvant y faire obstacle. En d'autres termes, il n'existe, légalement, aucun « empêchement à PMA » pour cause de parenté ou d'alliance. La difficulté s'accroît quand on fait le lien avec l'article 311-20 al4 et 5 du Code civil qui dispose quant à lui que l'homme ayant consenti à une PMA ne peut échapper à sa paternité. Soit il reconnaît l'enfant, soit il ne le reconnaît pas et dans ce cas sa paternité sera judiciairement déclarée, et il verra même sa responsabilité engagée envers la mère et envers l'enfant. Partant, si l'on combine ces deux dispositions, le résultat est à première vue plus que surprenant : le Droit permettrait aux couples incestueux de recourir à la PMA et imposerait même l'établissement de la filiation à l'égard de l'enfant qui en est issu. La réponse à ce nœud législatif nous est en partie donnée par Christophe Gris. Dans sa thèse, ce dernier fait remarquer que l'article 310-2 Cc, qui prohibe l'établissement d'une double filiation incestueuse, prime sur l'article 311-20 précité⁵²⁵. Quant à l'article L2141-2 CSP, on peut déduire de son silence qu'il ne contredit pas l'article 310-2 Cc, qui reste donc applicable. En définitive, il semblerait qu'un couple incestueux puisse recourir à la PMA mais serait empêché d'établir sa filiation duale à l'égard de l'enfant. Seul le moins que l'on puisse dire, c'est que la loi est sur ce point mal conçue. Seule échappatoire possible : soutenir qu'un couple incestueux n'est pas un couple, en défendant l'idée qu'affinité amoureuse et lien de parenté sont antinomiques⁵²⁶.

⁵²¹ *Ibidem*.

⁵²² J-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », RTD civ. 2003. 375.

⁵²³ C. GRIS, *op. cit.*, p507 s.

⁵²⁴ G. BRICKER, *Le droit de la génétique*, Thèse, L'Harmattan, 2015, n°440 s.

⁵²⁵ C. GRIS, *op. cit.*

⁵²⁶ C'est ce que suggèrent par exemple : J-J. LEMOULAND & D. VIGNAUD, « Droit des couples », D. 2017. 1082.

Enfin, ici aussi, une dernière incohérence juridique peut être soulignée : on peut en effet remarquer que si l'abandon n'est pas secret, et que l'enfant est par la suite adopté, la prohibition de l'inceste est maintenue entre l'enfant abandonné et sa famille d'origine, malgré l'absence de filiation légalement établie ; tandis que si l'abandon est secret et intervient dans le cadre d'un accouchement sous X, le législateur ne prévoit expressément aucun empêchement entre l'enfant abandonné et sa famille d'origine. Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, l'Etat possède les informations permettant de rendre compte d'un lien incestueux entre les amoureux. Le législateur n'a cependant pensé à pallier l'absence de lien légal que dans l'hypothèse d'une union entre un enfant adopté et une personne de sa famille d'origine, laissant dans l'errance l'hypothèse d'une union entre un enfant issu d'un accouchement sous X et une personne de sa famille biologique. L'incohérence est frappante⁵³⁴.

De cette analyse, il ne fait plus aucun doute que le droit civil de l'inceste est mal fait autant qu'il est dépassé. En sus de créer des situations incohérentes et donc potentiellement injustes, cette médiocrité législative est source d'insécurité juridique. Au demeurant, si sa rigidité la met en défaut pour le présent, elle la met surtout en danger pour l'avenir. La législation civile de l'inceste ne peut s'affranchir de l'évolution du Droit, évolution qui sappe un à un tous les principes qui lui servaient de fondements. Dès lors, sa survie ne tient qu'à un fil.

⁵³⁴ *Ibid.*, p5 s.

Titre II : Une législation surannée

La législation civile de l'inceste a traversé les âges sans être sensiblement modifiée, conservant ainsi sa logique rigide, impérative et holistique. Pourtant, c'est justement cette logique que le Droit rejette aujourd'hui avec force. Il lui préfère en effet des principes plus libéraux et individualistes, susceptibles, à y regarder de plus près, de remettre en cause jusqu'aux règles juridiques découlant de l'Interdit.

La prohibition de l'inceste peut-elle continuer sa miraculeuse traversée sans être happée par l'évolution du Droit ? Pour tenter la prospection, il convient de s'attarder sur le changement du Droit lui-même (Chapitre 1) avant de s'essayer à l'appliquer à notre sujet (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le droit civil de l'inceste confronté à l'évolution du Droit

Le Droit a connu de profonds changements liés aux mutations affectant la société qui le porte. Les nouvelles lignes adoptées par le Droit en général (Section 1) se retrouvent naturellement dans son versant familial (Section 2).

Section 1 : L'évolution générale du Droit

Le nouveau tropisme rationnel et individualiste contracté par le Droit n'est que la traduction juridique des changements sociologiques qui sont intervenus en toile de fond. On peut ainsi noter deux grandes périodes en Occident ayant récemment guidé l'évolution du Droit : la *modernité*, elle-même sécable en pré-modernité et en modernité *stricto sensu*, et la *post-modernité*, – pouvant quant à elle découpée en post-modernité et en post-post-modernité.

S'agissant de la **période moderne** tout d'abord. Appréciée *lato sensu*, elle s'étale du XVI^e au XX^e siècle, et voit naître les premières aspirations rationnelles et individualistes telles qu'on les entend aujourd'hui. Du XI^e siècle au XVIII^e, soit durant la période pré-moderne⁵³⁵, la société évolue et, se détachant de l'obscurantisme présumé du Moyen-Âge, s'applique à construire un monde neuf fondé sur la raison individuelle⁵³⁶. L'Humanisme moderne que voit éclore la Renaissance annonce les prémisses de l'individualisme qui guidera les siècles à venir⁵³⁷. Le mouvement de scientification et de sécularisation qui modèlera le Droit tire également ses

⁵³⁵ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p51 s.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ M. VILLEY, *Philosophie du Droit – Tomes I et II*, Dalloz, 2001, p96 s., qui relève aussi le christianisme et le nominalisme comme causes de l'éclosion de l'individualisme.

origines de cette période⁵³⁸. En définitive, la période prémoderne porte bien son nom : elle n'est pas encore la modernité telle qu'on a l'habitude de s'y référer, mais a déjà en son cœur tous les ingrédients de la modernité. Du XVIIIe siècle au XXe siècle, soit durant la période moderne *stricto sensu*, la société est bouleversée par la philosophie des Lumières qui exalte l'autonomie individuelle et plaide le progrès⁵³⁹. L'Humain aspire plus que jamais à la modélisation de la société sur la base de la rationalité : il abandonne officiellement son idiosyncrasie passée pour les références transcendantes, met en place la sécularisation de l'Etat et participe au progrès scientifique⁵⁴⁰. Ecartant l'idée d'une destinée toute tracée au profit d'une quasi autodivination⁵⁴¹, - passant du « *fate to choice* »⁵⁴² - il se considère désormais capable d'organiser lui-même son biotope⁵⁴³.

S'agissant de la **période post-moderne** ensuite. Au sens large, elle débute à la seconde moitié du XXe siècle et s'étend jusqu'à nos jours. Toutefois, on peut distinguer à l'intérieur de cette période deux sous-périodes : une courte période de transition⁵⁴⁴, la post-modernité *stricto sensu*, qui se concentre sur la deuxième moitié du XXe siècle⁵⁴⁵, à laquelle vient succéder un mouvement plus durable, la post-post-modernité, aussi appelée hypermodernité, qui débute à la toute fin du XXe siècle et qui bat encore son plein⁵⁴⁶. La post-modernité au sens strict s'entend de la continuation directe et zélée de la modernité⁵⁴⁷. Elle transpire l'ultra-individualisme, fait voler en éclat les mœurs jugées contraignantes, et réclame la consécration sociale concrète des idéaux abstraits posés par l'époque moderne⁵⁴⁸. Là où la modernité valorisait l'humain comme un individu mais aussi comme citoyen, la post-modernité ne s'intéresse qu'à l'individu : seuls ses intérêts personnels directs comptent, toute intégration dans un système supérieur qui peut lui être défavorable étant rejetée⁵⁴⁹. Seule semble compter la satisfaction de ses désirs, que l'Etat, sous sa forme démocratique, est en devoir d'assouvir⁵⁵⁰ : on assiste presque à la naissance de l'« *Homme sadien* »⁵⁵¹. Néanmoins, la post-modernité n'est pas que cela. Paradoxalement, en parallèle à ce

⁵³⁸ M-L. FRICK, Excess of anxiety : hypermodernité and the ambivalence of freedom, in P. MBONGO (dir.), *L'excès – L'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare et Martin, 2012.

⁵³⁹ J. BARRAYCOA, *Du pouvoir dans la modernité et la postmodernité*, Hora Decima, 2002, p30 s.

⁵⁴⁰ C. TAPIA, « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *Connexions*, n°1, 2012, p15 s

⁵⁴¹ J. BARRAYCOA, *op. cit.*, p68.

⁵⁴² M-L. FRICK, préc.

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ *Ibidem*. et V. CITOT, « Les temps hypermodernes, de Gilles Lipovetsky », *Le Philosophaire*, 2004, n°1 p184 s.

⁵⁴⁵ J. LE RIDER, « La postmodernité », *Commentaire*, 1991, n°54, p283 s.

⁵⁴⁶ V. CITOT, préc.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ *Ibidem*. qui écrit que « *la postmodernité contribue à prolonger l'individualisme juridique de la modernité en réalisant socialement et concrètement ces idéaux abstraits de liberté et de bonheur.* »

⁵⁴⁹ F. CHÉNEDÉ, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p139 s.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, n°49, 2008, p107 s.

qui les a traversées⁵⁶⁵. D'où il s'ensuit que le droit a logiquement évolué dans le sens d'une rationalisation et d'une subjectivisation des normes par lesquelles il s'exprime.

Quant à sa **rationalisation** : le droit s'est ainsi rangé sous le signe de la raison, délaissant sa soumission aux entités métaphysiques qui le guidaient dans le passé⁵⁶⁶ et s'engage dans un mouvement de laïcisation et d'unification⁵⁶⁷. Cette rationalisation appert tant formelle que substantielle⁵⁶⁸ et se traduit par la recherche d'une systématité, d'une généralité et d'une stabilité du droit⁵⁶⁹. Nonobstant, la référence à la raison s'appuie dans un premier temps encore sur un fond de croyance qui permet à la loi, tout en étant un acte de volonté collective, de s'imposer par son autorité naturelle⁵⁷⁰. La postmodernité apporte avec elle la crise de la rationalité juridique dans son acception de monade autosuffisante⁵⁷¹. Dès lors, celle-ci n'aura pas rayé toute référence à la raison, mais l'aura seulement ramenée à hauteur humaine, ce qui l'expose inévitablement aux critiques et lui impose de trouver des justifications vernaculaires⁵⁷². Comme on le voit, avec le rejet de la transcendance, c'est plus largement le rapport au droit qui est remis en cause : l'individu post-moderne repousse la relation verticale – pourtant originelle –, du Droit et n'obéit qu'à ce qu'il juge légitime d'être obéi, refusant d'être un aveugle docile.⁵⁷³

Quant à sa **subjectivisation** : investi d'une valeur propre, notamment grâce à la reconnaissance de droits naturels dont il serait le titulaire⁵⁷⁴, l'individu moderne attend du droit qu'il assure sa protection⁵⁷⁵. La post-modernité va remettre en question l'origine naturelle des droits de l'homme, non leur existence : ces derniers, désormais entendus comme des droits-sociaux découlant de l'appartenance à un groupe, attendent tout autant d'être reconnus par le droit⁵⁷⁶. *In fine*, avec l'ère post-moderne, les droits subjectifs en viennent à primer sur l'ordre social général ; l'Etat devient alors « *le médiateur docile et quasi-transparent de la revendication indéfinie et illimitée des droits des individus* »⁵⁷⁷. On passe de la tolérance à la revendication⁵⁷⁸, des droits-libertés

⁵⁶⁵ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2014, p100 s.

⁵⁶⁶ M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p207 s.

⁵⁶⁷ J. CHEVALLIER, *op. cit.*

⁵⁶⁸ M. WEBER, *op. cit.* et J. CHEVALLIER, *op. cit.*

⁵⁶⁹ Le mouvement de codification l'y aura d'ailleurs aidé. Voir : J. CHEVALLIER, *op. cit.* et également F. ZENATI-CASTAING, « L'avenir de la codification », RIDC, 2011.

⁵⁷⁰ J. CHEVALLIER, *op. cit.*

⁵⁷¹ *Ibidem.*

⁵⁷² *Ibid.*, p148 s.

⁵⁷³ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », Dr. Fam. Mai 2003, chron 15, juin 2003, chron 17, partie 1.

⁵⁷⁴ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p100 s.

⁵⁷⁵ *Ibidem.*

⁵⁷⁶ *Ibidem.*

⁵⁷⁷ J. BARRAYCOA, *op. cit.*, p10 s.

⁵⁷⁸ A-C. AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en Droit des personnes et de la famille*, Thèse, PUAM, 2007, p17 s. ; J-J. LEMOULAND & M. LUBY (dir.), *Le Droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pVII.

aux droits-créances⁵⁷⁹. On entre dans l'époque des « *droits à* »⁵⁸⁰, sorte de droits éclatés⁵⁸¹, actuels et non potentiels⁵⁸², qui n'ont pour seul objectif⁵⁸³ que de servir le bonheur de celui qui les revendique⁵⁸⁴ et qui sont définis de manière symptomatique par l'objet du désir lui-même⁵⁸⁵. Dans cette optique, émerge inévitablement l'idée que la non-reconnaissance juridique équivaut à une punition⁵⁸⁶.

La critique ne se fait pas attendre : le droit manquerait à sa mission normative⁵⁸⁷ et se réduirait à l'arbitrage sans grandeur et surtout sans issue d'intérêts privés⁵⁸⁸. Plus encore, ces droits subjectifs, ces « *droits à* », outre leur caractère irréel et indéterminé⁵⁸⁹, ne constitueraient qu'un tour de passe par lequel l'individu égoïste légitime de manière éhontée sa désolidarisation du groupe social et son désengagement vis à vis de toute responsabilité commune⁵⁹⁰. En d'autres termes, avec les « *droits à* », on assisterait à un renversement de l'ordre juridique : en recevant l'onction de droit subjectif, l'intérêt inférieur peut destituer l'intérêt supérieur, inversant ainsi l'équilibre initialement arbitré⁵⁹¹. Au demeurant, c'est la généralité de la norme juridique qui est également mise en péril⁵⁹². Les « *droits à* » apparaissent presque comme un cheval de Troie juridique. Ceci étant, il convient de souligner que, subissant une certaine inertie, le droit ne semble pas avoir encore réceptionné la réaction holistique de l'hypermodernité et demeure principalement très individualiste ; c'est tout du moins l'interprétation que l'on fait des ses règles.

En outre, il convient de souligner le rôle du droit supranational dans cette évolution du droit. Si l'existence de règles internationales n'est pas nouvelle, la supériorité et l'efficacité de celles-ci dans l'ordre interne est récente et constitutive, de par leur nature, un catalyseur de l'évolution du droit.

⁵⁷⁹ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p115 s.

⁵⁸⁰ D. COHEN, « Le droit à », in *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz-PUF-LexisNexis, 1999, p393 s, pour qui « *J'ai le droit à* » est l'expression certainement la plus employée par l'homme contemporain ». Reprenant cette idée : A-C. AUNE, *op. cit.*

⁵⁸¹ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2^{ème} édition, 2014, p67 s.

⁵⁸² D. COHEN, préc.

⁵⁸³ M. VILLEY, *Philosophie du Droit ...*, *op. cit.*, p106 s.

⁵⁸⁴ M. VILLEY, *Le droit ...*, *op. cit.*, PUF, 2^{ème} édition, 2014, p8 s.

⁵⁸⁵ D. COHEN, préc.

⁵⁸⁶ X. MOLÉNAT, Ethique, suffit-il d'avoir consenti ?, in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.

⁵⁸⁷ J. GUESTIN (dir.), *Traité de Droit civil – La famille – Fondation et vie de la famille*, par J. HAUSER & D. HUET-WEILLER, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p1 s. ; C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en Droit de la famille*, L'Harmattan, 2001, n°286 s.

⁵⁸⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD Civ. 1995. 249.

⁵⁸⁹ M. VILLEY, *Le droit...*, *op. cit.*

⁵⁹⁰ F. CHÉNEDE, préc.

⁵⁹¹ C. DESNOYER, *op. cit.*

⁵⁹² P. DEUMIER, « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, 2015, p229 s.

D'un **point de vue théorique**, déjà, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution française, les traités internationaux revêtent valeur supralégislative, et s'imposent même aux règles de droit interne entrées en vigueur après eux⁵⁹³. En outre, l'effet direct et la primauté du droit de l'Union européenne ont été consacrés par la Cour de Justice⁵⁹⁴. Or, le droit supranational n'est pas en reste s'agissant des droits subjectifs. La consécration inchoative des droits et libertés fondamentaux⁵⁹⁵ qui intervient par son biais participe donc du bouleversement de l'équilibre juridico-politique initial : il contribue à l'enchevêtrement des normes⁵⁹⁶ et renforce l'inversion des intérêts en protégeant les comportements rejetés par les législations nationales⁵⁹⁷.

Si cette protection des droits de l'homme à haut niveau concourt au mouvement de subjectivisation du droit, elle ne semble pas répondre parfaitement aux attentes post-modernes de rationalité⁵⁹⁸. En effet, ces droits et libertés fondamentaux ne seraient pour certains que l'avatar des droits de l'Homme dont la naissance et la prolifération débutent au XVII^e siècle⁵⁹⁹ et qui s'adossent à une conception jusnaturaliste loin d'être détachée de toute transcendance...⁶⁰⁰

Certains voient même en eux le retour masqué des valeurs chrétiennes⁶⁰¹ dont le droit s'était pourtant débarrassé en apparence lorsqu'il s'était sécularisé⁶⁰². La reconnaissance de notions mystiques telles que la « *dignité humaine* » ou la « *valeur sacrée de la vie* » constitue à cet égard un assez bon indice de cette inconsistance.

D'un **point de vue pratique**, ensuite, il convient de noter l'influence particulière qu'a la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur la réception juridique des « *droits à* », si révélateur du mouvement de subjectivisation du Droit⁶⁰³. Avec elle, on serait passé de l'*idéologie* à la *pratique* des droits de l'homme⁶⁰⁴. Cette transition du politique au particulier constituerait ainsi une « *seconde réception* » des droits de l'homme⁶⁰⁵. Là où la conciliation des intérêts se faisait *ab initio*

⁵⁹³ Cass. Ch. Mixte, Vabre, 24 mai 1975, n°73-13.556, Bull. mixt n°4 et CE, Ass. Plén. 1989, Nicolo, n°108243, 1989.

⁵⁹⁴ CJCE, Van Gend en Loos, aff 26/62, 1963 et CJCE, Costa c/ Enel, aff 6/64, 1964.

⁵⁹⁵ Pour une précision quant à l'appellation de ces droits, voir P-H. PRÉLOT, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette supérieure, 2007, p14., qui relève que parler de « Droits de l'Homme » renverrait, comme indiqué *infra*, à la tradition jusnaturaliste et universaliste portée par la Révolution, parler de « Libertés Publiques », renverrait au rôle de l'Etat dans la mise en œuvre de ces libertés, et que, enfin, parler de « Droits/Libertés fondamentaux » renverrait à la constitutionnalisation et à la consécration internationale de ces droits ainsi qu'à son contrôle juridictionnel.

⁵⁹⁶ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p100 s.

⁵⁹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002, p18 s.

⁵⁹⁸ G. LEBRETON, « Y a-t-il un progrès du droit ? », D. 1991. 99.

⁵⁹⁹ M. VILLEY, *Le droit...*, *op. cit.*, p131 s.

⁶⁰⁰ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p115 s.

⁶⁰¹ J-M. DOMENACH, *Une morale sans moralisme*, Flammarion, 1992. mais aussi C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, EUB, 1990, p345 s. qui concède qu'en refusant de se baser sur Dieu la morale qui meut le Droit peine à se fonder.

⁶⁰² D. FENOUILLET, Propos introductifs, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011.

⁶⁰³ A-C. AUNE, *op. cit.*

⁶⁰⁴ A. DEBET. « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil », D. 2002. 631. Et F. CHÉNEDE, préc.

⁶⁰⁵ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* Mai 2003, chron 15, juin 2003, chron 17, partie 1.

et *in abstracto*, la CEDH la réinterroge *a posteriori* et *in concreto*, en appréciant au cas d'espèce la proportionnalité de l'atteinte infligée aux droits des individus⁶⁰⁶. L'autorité interprétative de la Cour de Strasbourg ayant été reconnue par l'Etat français⁶⁰⁷, - qui doit même depuis 2011 se conformer à ses appréciations sans attendre de changer sa loi ni de subir une quelconque condamnation de sa part⁶⁰⁸ -, force est de constater que le droit français est contraint chaque jour un peu plus de plier sous le poids de la "subjectiviste" CEDH. Dès lors, « *qu'on le déplore ou que l'on s'en réjouisse, le droit européen des droits de l'Homme est devenu une machine travaillant inlassablement à rendre flexible la loi d'airain républicaine* »⁶⁰⁹.

L'influence de la CEDH est telle qu'elle pousse notre plus haute juridiction judiciaire interne à se réformer⁶¹⁰. Ainsi, aux termes d'un arrêt rendu le 04 décembre 2013⁶¹¹ ayant fait grand bruit⁶¹², la Cour de cassation, cassant sans renvoi l'arrêt d'appel sur lequel elle avait à se

⁶⁰⁶ P. DEUMIER, préc.

⁶⁰⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, *Rememan*, 10 janvier 1984, JCP 1984.II.20210. Voir à ce sujet : Ph. GLAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2004, n°64, p3.

⁶⁰⁸ On parle ici bien-sûr de la « révolution du 15 avril » de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Haute Cour du 15 avril 2011 (n°10-17.049) qui affirme que « *les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation.* » et appelée ainsi par J-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011. 725.

⁶⁰⁹ J-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2014. 307. Pour une version plus radicale – et un tantinet chauvine ! - : J-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2003. 375., qui se désole en ces termes : « *les praticiens et les théoriciens ont enfin pris clairement conscience de ce que la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sont de véritables sources du droit civil français même si, à l'évidence, elles ne peuvent que venir en souiller le sublime ordonnancement face auquel l'univers entier est encore pantois d'admiration.* » Voir également J. HOUSIER, « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ Fam.* 2017. 545. qui écrit que : « *ce sont bien nos anciennes institutions qui vacillent, et avec elles nos vieilles certitudes, sous le vrombissement toujours plus fort de la proportionnalité* ». et aussi A. BATTEUR, « L'enfant né d'un inceste entre frère et soeur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », *D.* 2017. 2107. pour qui « *sous l'impulsion du droit européen, la flexibilité est devenue la règle* ».

⁶¹⁰ E. JEULAND, « Réforme de la Cour cassation, Une approche non-utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016. 6, suppl. au n° 1-2. ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015. 1378. ; N. FRICERO, « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes », *JCP G* 2015, act 753. ; N. MOLFESSIS, « L'indispensable réforme de la Cour de cassation », *Journal d'annonces légales et d'information juridique* ; E. DREYER, « La main invisible de la Cour de cassation », *D.* 2016. 2473. Voir aussi, plus anciennement : J-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001. 932., qui relevait déjà que la Cour de cassation se trouvait « *coincée entre deux juridictions qui examinent les affaires et en fait et en droit : la cour d'appel et la CourEDH* ».

⁶¹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 04 décembre 2013, n°12-26.066, *Bull. civ. I*, n°234. Pour une application récidiviste à un cas très similaire : Cass. Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, FS-P+B+R+I.

⁶¹² F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014. 179. ; J-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011. 725. ; S. THOURET, « Validité exceptionnelle du mariage de la belle-fille avec le beau-père », *AJ fam.* 2014. 124. ; O. DUFOUR, « La Cour de cassation fait (discrètement) sa révolution », 2015, *LPA*, n°144 ; O. DUFOUR, « La Cour de cassation en pleine interrogation existentielle », *Gaz. Pal.* 2016, n°26 ; H. FULCHIRON, « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.* 2015. 2365. ; D. DE BÉCHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016. 7 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD*

positionner⁶¹³, a choisi d'écarter l'application au cas d'espèce d'une loi pourtant en vigueur, claire et précise⁶¹⁴. Ainsi, pour la première fois depuis son existence⁶¹⁵, le Quai de l'Horloge aurait effectué un contrôle de proportionnalité *in concreto*, se distinguant de son rôle originel qui le cantonnait à un simple rôle disciplinaire⁶¹⁶, c'est-à-dire à celui d'un organe qui sanctionne seulement le non-respect de la loi⁶¹⁷.

Cette « révolution »⁶¹⁸, qui fait la part belle aux droits et libertés fondamentaux, n'est pas au goût de tous. « Régression profonde »⁶¹⁹, « droit à la carte »⁶²⁰, et même « négation du droit » et invention de l'adage « *disproportio omnia corrumpit* » pour les plus inspirés⁶²¹, la Haute juridiction a alors accusé tous les reproches du monde de la part de la faction la plus véhémente des universitaires.

Somme toute, la méthode employée par la CEDH, désormais suivie par la Cour de cassation, est critiquée en ce qu'elle ne serait qu'une instrumentalisation des droits de l'Homme⁶²², permettant de faire passer en douce un répréhensible réabritrage politique satisfaisant les intérêts

civ. 2016. 70. ; A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », Recueil Dalloz Siret, n°3. ; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Une décision incestueuse », RJPF, 2014, n°2.

⁶¹³ Ainsi que le lui permet l'article 627 al2 du Code de procédure civile.

⁶¹⁴ F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016. 796 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionalité », D. 2015, p278.

⁶¹⁵ *Contra*, considérant que l'exercice d'un contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation n'a rien de nouveau : C. FATTACINI, L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation), le point de vue d'un avocat aux Conseils, in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation, Société de législation comparée*, 2015, p229 s. citant les décisions suivantes : Cass. Civ. 1ère, 19 mai 1998, n°96-17.112, inédit et Cass. Soc., 12 juillet 2005, n°04-13.342. Pour un contrôle de pleine intensité, voir également : Cass. Civ. 2ème, 03 juin 2004, n°02-19.886, Bull. civ. II, n°273 qui intègre dans son attendu des éléments de fait : « Mme Y... avait été épiée, surveillée et suivie pendant plusieurs mois, ce dont il résulte que cette immixtion dans la vie privée était disproportionnée par rapport au but poursuivi ».

⁶¹⁶ Cette position est consacrée par les textes français : l'article 604 du Code de procédure civile délimite le contrôle de la Cour de cassation, qui doit porter sur la conformité des décisions attaquées aux règles de droit ; les articles L411-2 et L311-1 al2 du Code de l'organisation judiciaire interdisant à la Haute Cour de connaître des faits, réservant cet office aux juges du fond. Côté pénal, on renvoie aux articles 567 et 591 du Code de procédure pénale visant l'annulation de décisions pour violation de la loi dans cette matière. Pour un exposé plus précis de cette exigence légale : A. LACABARATS, Le contrôle exercé par la Cour de cassation, in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation, Société de législation comparée*, 2015, p245 s. Voir aussi : Ph. JESTAZ, J-P. MARGUÉNAUD et Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061. ; Ch. CHARRAULT, « Remarques sur la mission disciplinaire du juge de cassation », in *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, p25. ; V. REBEYROL, « Une réforme pour la Cour de cassation ? », JCP G 2015, doct. 954. Enfin, pour un analyse plus historique, voir : F. ZENATI-CASTAING, « La nature juridique de la Cour de cassation », Cour de cassation, Bulletin d'information n° 575 du 15 avril 2003 ; « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTD civ. 2016. 511.

⁶¹⁷ S'opposant à celui, normatif, d'un organe qui « fait la loi ».

⁶¹⁸ Ph. JESTAZ, J-P. MARGUÉNAUD et Ch. JAMIN, préc.; O. DUFOUR, « La Cour de cassation fait (discrètement) sa révolution », 2015, LPA, n°144.

⁶¹⁹ D. DE BÉCHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », JCP G 2016. 7

⁶²⁰ P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », RTD civ. 2016. 70.

⁶²¹ A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », Recueil Dalloz Siret, n°3 A. BENABENT.

⁶²² F. CHÉNEDÉ, « Des dangers... », préc.

égoïstes au détriment des règles initialement votées⁶²³. On assisterait ainsi à un « rapport de force » odieux entre les règles de droit initiales répondant d'une fonction de structuration sociale et les nouveaux droits et libertés fondamentaux n'en ayant cure⁶²⁴. Ce « forçage » juridique apporterait avec elle son lot de désagréments : insécurité et imprévisibilité juridiques⁶²⁵, inégalité entre les citoyens⁶²⁶... Les droits et libertés fondamentaux auraient troqué leur noble rôle initial de *protection contre l'arbitraire* pour ne servir que la misérable *promotion des désirs*⁶²⁷.

Remodelant le droit tout entier, le triomphe de l'individualisme et de la rationalité se répand plus que nulle part ailleurs dans sa branche familiale, elle qui est le berceau privilégié des revendications personnelles.

Section 2 : L'évolution particulière du Droit de la famille

Le Droit de la famille ne pouvait que se déformer sous la pression de l'évolution générale du Droit. Accélérée par les nombreuses réformes Carbonnier⁶²⁸ intervenues durant la seconde moitié du XX^e siècle⁶²⁹, cette transformation ne fait aujourd'hui plus aucun doute : le Droit de la famille endosse à l'évidence de nouvelles finalités. Se dessinent alors pour cette branche du droit, en réaction, de nouvelles caractéristiques.

S'agissant de ses **finalités** tout d'abord. *A l'origine*, le droit de la famille est mû par l'objectif de garantir un certain ordre social et de protéger certaines valeurs communes. La volonté de garantir un ordre social particulier se justifie par l'idée que l'union entre personnes privées porte en elle des enjeux qui la dépassent et qui intéressent la société toute entière⁶³⁰. Cette dernière a

⁶²³ P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015. 2189 ; J-B. SEUBE, Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale, LPA, 05 mars 2009, n°46 ; F. CHÉNEDÉ, « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », RTD civ. 2014. 829. Voir aussi : P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », APD n°57, 2014. pour qui « *L'œuvre des droits fondamentaux n'y apparaît plus guère comme une « logique » mais plutôt comme un fétu de paille posé à la surface d'un véritable maëlstrom...* »

⁶²⁴ P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », APD n°57, 2014.

⁶²⁵ V. VIGNEAU, « Libres-propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017. 123. ; S. THOURET, « Validité exceptionnelle du mariage de la belle-fille avec le beau-père », AJ fam. 2014. 124.

⁶²⁶ W. DROSS, Propos introductifs, in Actes de colloque : *Discussions autour de la réforme de la Cour de cassation*, (Lyon, 18 novembre 2016), disponible à <https://webtv.univ-lyon3.fr/>

⁶²⁷ F. CHÉNEDÉ, « Le Droit... », préc.

⁶²⁸ Toutes les réformes de droit de la famille de cette époque ont été confiées au Doyen Carbonnier, conférant à celles-ci une unité de pensée et de style, faisant de lui en « *jurislateur* » et en vertu duquel on distinguera « *l'ère Carbonnier* » et « *l'Après-Carbonnier* ». En ce sens : G. CORNU, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006, p7 s. et C. BERNARD-XÉMARD, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, 2^{ème} édition, 2016, p32 s.

⁶²⁹ Ces réformes poursuivaient quatre objectifs : 1) introduire une égalité parfaite entre les enfants, 2) introduire une égalité parfaite entre les parents, 3) consacrer tous les modèles familiaux, 4) introduire un certain pluralisme. En ce sens : F. GRANET-LAMBRECHTS & P. HILT, *Droit de la famille*, PUG, 5^{ème} édition, 2015, p7 s.

⁶³⁰ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *Droit de la famille*, par Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016, p661.

alors un droit de regard et d'action sur l'union qui en est le vecteur⁶³¹. À cet égard, le Droit de la famille s'est pensé investi d'une mission de protection et de régulation des unions permettant de stabiliser les amours et d'assurer la reproduction de l'espèce humaine⁶³². Les règles juridiques relatives au mariage et au remariage apparaissent ainsi comme la simple mise en forme de ces idées⁶³³ ! À travers les institutions qu'il érige, le droit véhicule des valeurs communes, jugées plus importantes que les intérêts propres des individus⁶³⁴. Et pour cause : là où l'individu meurt, la Famille demeure⁶³⁵.

Depuis le XX^e siècle, et plus particulièrement depuis les années 1960-1970⁶³⁶, la donne est renversée. Le référentiel du droit de la famille, à l'instar du droit en général, est désormais l'individu. On cherche à le protéger, on cherche à le satisfaire.

Le protéger en premier lieu : on lui garantit des droits, droits qu'il définit cependant de plus en plus tout seul⁶³⁷. En particulier, c'est l'individu en tant qu'enfant qu'on veut protéger. En ce sens, l'intérêt supérieur de l'enfant devient un argument d'autorité et prime la recherche d'une harmonie générale des intérêts en présence⁶³⁸. Celui-ci guide la création, l'interprétation et la résolution des conflits internes des règles juridiques⁶³⁹. Le droit de la famille devient à cet égard « *pédocentrique* »⁶⁴⁰.

Le satisfaire en second lieu : on assure ses besoins, on poursuit son bonheur⁶⁴¹. La famille est à cet effet perçue comme le cadre propice au bonheur et à l'époussement personnel⁶⁴². Cela en devient même une de ses fonctions premières⁶⁴³. Le bonheur se novant en droit⁶⁴⁴, pour l'adulte et plus encore pour l'enfant⁶⁴⁵, sa garantie finit naturellement par guider la constitution et la protection juridiques des familles⁶⁴⁶. Exit l'impératif de reproduction, oublié le maintien de l'ordre

⁶³¹ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, V^o Mariage, juin 2016, §1, n^o1.

⁶³² G. CORNU, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006, p7 s. ; M. SEGALIN, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 1993, p263 s. ; A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759.

⁶³³ C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Tome I, Lahure, 1881, p1 s.

⁶³⁴ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p661.

⁶³⁵ *Ibid.*, p17 s.

⁶³⁶ M-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », APD n^o57, 2014.

⁶³⁷ G. CORNU, *op. cit.*

⁶³⁸ *Ibidem*.

⁶³⁹ E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges Voirin*, 1967, p678. En outre, l'arrêt de la cour d'appel de Caen du 8 juin 2017 précité propose un exemple frappant de résolution de conflit fondé par l'imposant intérêt de l'enfant.

⁶⁴⁰ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, LGDJ, 1995, p59 s.

⁶⁴¹ E. DU PONTAVICE, préc.

⁶⁴² G. CORNU, *op. cit.*; A-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p10 s. ; D. TERRÉ, Mutations de la famille : enjeux éthiques, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *Ethique et Famille*, Tome 1, L'Harmattan, 2011, pour qui « *individualisme et bédonisme semblent désormais être la règle des unions.* »

⁶⁴³ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.* et A. MICHEL, « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », APD, 1975, p127 s.

⁶⁴⁴ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p365 s.

⁶⁴⁵ E. DU PONTAVICE, préc.

⁶⁴⁶ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p1 s.

réglementation sur des règles d'ordre public⁶⁶³, le plus généralement d'ordre public de direction⁶⁶⁴, c'est-à-dire de celles qui orientent l'activité humaine avec poigne en soumettant les intérêts individuels⁶⁶⁵. Aussi, rien d'étonnant à ce que, pour arriver à ses fins, le Code Napoléon se place sous le signe de la rigidité et de l'inégalité⁶⁶⁶ lorsqu'il traite de la famille⁶⁶⁷. *Internormatif*, car il est au carrefour de plusieurs sources : sociologie⁶⁶⁸, histoire⁶⁶⁹, morale⁶⁷⁰, religion⁶⁷¹...*ab hinc*, le droit de la famille est très fortement métissé. *Tirillé* entre des aspirations contradictoires enfin, car il balance entre la défense de valeurs communes et la volonté d'accéder aux revendications individuelles⁶⁷².

Depuis le XX^e siècle, le droit de la famille revêt de nouveaux caractères. Il perçoit la famille non plus comme la partie du tout social, mais comme un espace de libre épanouissement d'un projet individuel⁶⁷³. Aussi, il est devenu un droit impressionniste⁶⁷⁴ ayant délaissé son trait impératif⁶⁷⁵. *Impressionniste*, car il compose avec les attentes et droits de chacun. « *À chacun sa famille, à chacun son droit* ». Cette formule célèbre, dont on doit la paternité à Jean Carbonnier, traduit bien le pluralisme qui guide désormais cette branche du droit⁶⁷⁶. Certains voient dans cette neutralité sociale une absence de modèle⁶⁷⁷. Pourtant, si le droit de la famille en est arrivé à devenir pluraliste, c'est avant tout parce que la famille elle-même est plurielle⁶⁷⁸. Cette correspondance entre la famille de droit et la famille de fait est le fruit d'un choix. En d'autres termes, accorder une place juridique à la pluralité n'est pas une absence de modèle, tout au contraire, c'est un modèle⁶⁷⁹. Ce dernier, qui signe « *la fin de la régulation par le haut* »⁶⁸⁰ au profit d'une logique privée

⁶⁶³ C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 6^{ème} édition, 1999, p13 s. Pour une critique de l'utilisation du concept d'ordre public, voir Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Toulouse I-Capitole, 1953, p3, qui considère à son sujet que « *Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert.* »

⁶⁶⁴ T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p179 s.

⁶⁶⁵ P. DEUMIER, préc. et P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, qui relève que : « *Jusqu'à-là régnait l'ordre public. Le droit de la famille était impératif et la société civile devait se conformer au modèle choisi par le législateur.* »

⁶⁶⁶ P. NICOLEAU, *op. cit.*

⁶⁶⁷ M. LAMARCHE & J-L. LEMOULAND, *op. cit.* qui notent ainsi que « *La famille et le mariage sont donc placés sous le contrôle de l'État qui impose à travers eux un modèle.* »

⁶⁶⁸ A-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p66 s.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

⁶⁷⁰ C. COLOMBET, *op. cit.* ; Aussi A-M. LEROYER, *op. cit.* qui relève que le droit de la famille est « *incontestablement pénétré de règles morales* ».

⁶⁷¹ A-M. LEROYER, *op. cit.* pour qui « *La religion entretient ainsi des liens plus étroits qu'il n'y paraît avec le droit de la famille* ».

⁶⁷² M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, La Famille, par A. Rouast, LGDJ, 1952, n°722 s. ; P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁶⁷³ M-A. FRISON-ROCHE, préc.

⁶⁷⁴ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ P. DEUMIER, préc.

⁶⁷⁷ E. FRAGU, *op. cit.*, p3 s.

⁶⁷⁸ J-J. LEMOULAND, préc.

⁶⁷⁹ P. DEUMIER, préc.

⁶⁸⁰ J-J. LEMOULAND, préc.

individualiste⁶⁸¹, ne correspond ni plus ni moins qu'à l'entrée du droit de la famille dans l'ère postmoderne⁶⁸².

*Moins impératif*⁶⁸³, car il se contente de protéger⁶⁸⁴ et de concilier⁶⁸⁵ les intérêts individuels défendus sur fond de droits subjectifs⁶⁸⁶, au détriment des institutions autrefois placées au-dessus⁶⁸⁷. Partant, le droit de la famille troque la défense d'un ordre public directif⁶⁸⁸ au profit de celle d'un ordre public protecteur⁶⁸⁹. L'ordre public tant chéri ne disparaît point, mais est seulement recentré sur son cœur, c'est-à-dire sur les droits et libertés fondamentaux⁶⁹⁰. A cet effet, on assiste à une montée des situations de fait vers le Droit⁶⁹¹, qui en passe par la reconnaissance des « *droits à* » susmentionnés⁶⁹². En ce sens, une situation semble aujourd'hui légitime à obtenir un statut juridique dès lors qu'elle est un minimum pérenne⁶⁹³. Certains s'en amusent : on aurait troqué le fameux « *À chacun sa famille, à chacun son droit* » contre un plus revendicateur « *À chacun sa famille, à chacun ses droits* »⁶⁹⁴, et la famille contemporaine serait une « *famille Lego* »⁶⁹⁵, faite « *sur-mesure* »⁶⁹⁶. D'autres s'en désolent : le Droit n'a pas à faire la part belle au fait accompli⁶⁹⁷, non seulement car ce dernier n'est pas toujours moralement acceptable⁶⁹⁸,

⁶⁸¹ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁶⁸² J-J. LEMOULAND, préc.

⁶⁸³ Pour une critique de la thèse de la désinstitutionnalisation de la famille : A-M. LEROYER, *op. cit.*, p10 s.

⁶⁸⁴ T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p179 s.

⁶⁸⁵ P. DEUMIER, préc.

⁶⁸⁶ G. CORNU, *op. cit.*

⁶⁸⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002, p685 s. pour qui « *le législateur contemporain pense moins à défendre une institution qu'à protéger des victimes* » et D. TERRÉ, Mutations de la famille : enjeux éthiques, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *Éthique et Famille*, Tome 1, L'Harmattan, 2011 citant J. COUMAILLE et F. SINGLY (dir.), *La Question familiale en question*, L'Harmattan, 1997, selon lequel le droit de la famille oscille entre trois pôles : émancipation, protection et institution, les deux premiers venant traditionnellement se heurter au dernier.

⁶⁸⁸ C. COLOMBET, *op. cit.*

⁶⁸⁹ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.* Voir aussi X. LABBÉE, « L'homme qui a valablement épousé sa soeur face à l'adage "quae temporalia" », *Gaz. Pal.* 2017, n°25, p21 qui écrit : « *La règle de droit en matière familiale n'est-elle pas devenue supplétive de volonté ? N'est-on pas passé d'un ordre public directionnel (qui impose) à un ordre public protectionnel (qui libère en protégeant le faible) et pour qui « il est interdit d'interdire » ?* ».

⁶⁹⁰ Par exemple, se recentrant sur l'égalité, l'ordre public peut être qualifié d'« ordre public égalitaire » etc. (A-M. LEROYER, *op. cit.*)

⁶⁹¹ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p365 s. et C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* Mai 2003, chron 15, juin 2003, chron 17, partie 1 ; Actes de colloque : *Famille, éthique et justice*. (Limoges, 17 octobre 2014), p38 s.

⁶⁹² Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p17 s.

⁶⁹³ G. CORNU, *op. cit.*

⁶⁹⁴ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

⁶⁹⁵ *Ibidem.*

⁶⁹⁶ D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », *APD*, n°57, 2014.

⁶⁹⁷ L. BRUNET, « La prohibition de l'inceste en droit civil : Un interdit en peau de chagrin », *Informations sociales* 2006, n° 131, p70 s.

⁶⁹⁸ D. ALLAND, « Les mœurs sont-elles solubles dans le Droit ? », *Droits*, n°19, 1994, p3 s.

mais plus encore car ce serait là céder à la « *dictature des faits* »⁶⁹⁹, et donc faire preuve d'un bien piètre suivisme législatif⁷⁰⁰.

Plus moderne⁷⁰¹, plus libéral⁷⁰², le droit de la famille n'exige plus aucune oblativité de la part des individus et laisse donc une place grandissante à leur volonté dans la création des structures familiales⁷⁰³, ces dernières étant désormais réduites à de simples cadres⁷⁰⁴ au service des velléités individuelles⁷⁰⁵. On serait passé du « mythe de l'engendrement » au « mythe de la volonté »⁷⁰⁶. Ainsi, par exemple, la parenté, standard objectivement fixé⁷⁰⁷, se voit doublée par la parentalité⁷⁰⁸, notion subjectivement imposée⁷⁰⁹. Au demeurant, la moindre règle juridique commandant un modèle est alors perçue comme une entrave qui s'expose à la critique⁷¹⁰. Les derniers barrages se fissurent et cèdent, à l'instar de la notion de bonnes mœurs qui « *aurait ainsi été décapitée sans que l'on en ait pris garde* »⁷¹¹, chacun devenant en effet dans cette logique nouvelle le maître de ses propres mœurs⁷¹². Et c'est ainsi qu'un à un, « *les interdits tombent* »⁷¹³, l'intérêt de la société étant désormais tenu en laisse par les intérêts privés⁷¹⁴.

En définitive, une seule limite semble aujourd'hui contenir l'appétit juridique sans fin de tout un chacun et parvient encore à guider l'élaboration et l'évaluation des règles en droit de la famille. Il s'agit de la prise en compte des torts causés à autrui. Xavier Labbé résume en deux phrases ce

⁶⁹⁹ J.-J. LEMOULAND, préc. et V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Prohibition à mariage entre collatéraux : la décision de refus de dispense du Président de la République sous contrôle, Dr. Fam 2008, comm. n°8.

⁷⁰⁰ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

⁷⁰¹ A. MICHEL, « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », APD, 1975, p127 s.

⁷⁰² L. HARTMANN, *Droit civil : La famille*, L'Hermès, 4^{ème} édition, 2002, p8 s.

⁷⁰³ Pour une vision contractualiste de la famille, voir les travaux de Xavier LABBÉE, et notamment son article : « L'homme qui a valablement épousé sa soeur face à l'adage "quae temporalia" », Gaz. Pal. 2017, n°25, p21. « *Si le lien de filiation n'a pour seul fondement que la volonté, la famille doit alors se définir comme un groupe de personnes unies par un lien de volonté. C'est la famille contractuelle : on n'est lié que parce qu'on le veut bien comme dans un contrat de société.* » écrit-il. Voir aussi : Communiqué de presse à propos de CEDH, B. L. C/ R-U, 2005, n°36536/02, disponible à <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=921009&Site=COE&direct=true>

⁷⁰⁴ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 7^{ème} édition, 2016, p11 s.

⁷⁰⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p685 s. ; M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 7^{ème} édition, 2016, p11 s.

⁷⁰⁶ D. FENOUILLET, préc.

⁷⁰⁷ Actes de colloque : *Famille, éthique et justice*. (Limoges, 17 octobre 2014), p38 s.

⁷⁰⁸ D. FENOUILLET, préc.

⁷⁰⁹ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

⁷¹⁰ J.-J. LEMOULAND, préc. Mais aussi, relativement à l'affaire B. L. c/ RU : Communiqué de presse à propos de CEDH, B. L. C/ R-U, 2005, n°36536/02, disponible à <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=921009&Site=COE&direct=true>

⁷¹¹ J. CARBONNIER, *op. cit.* p18 s.

⁷¹² *Ibidem*.

⁷¹³ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *Droit de la famille*, par Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016, p17 s.

⁷¹⁴ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions... », préc.

nouveau paradigme : « *L'ordre public familial a changé de visage : il n'impose plus rien. Il se contente de garantir à tout un chacun la possibilité de faire ce qui lui plaît dans le respect bien compris de l'autre* »⁷¹⁵.

Somme toute, ce qui est nouveau dans cette évolution, ce n'est pas tant notre conception de la famille que notre conception du Droit!⁷¹⁶ Un droit soumis aux faits, à la volonté, et aux droits subjectifs qui viennent les protéger⁷¹⁷. La puissance de la volonté qui semble réduire le droit de la famille à une simple chambre d'enregistrement remet en effet en question la supériorité du droit sur le fait. « *Faut-il se contenter d'un « dont acte » ?* » interroge Marie-Anne Frison-Roche⁷¹⁸. Ceci étant souligné, il convient de s'interroger sur l'avenir : le fait incestueux va-t-il lui aussi finir par s'imposer au droit ?

⁷¹⁵ X. LABBÉE, « La famille homosexuelle polygame et incestueuse... et la contractualisation », *Gaz. Pal.* 2015, n°148, p5.

⁷¹⁶ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, LGDJ, 1995, p91 s.

⁷¹⁷ D. ALLAND, préc. ; J-J. LEMOULAND, préc.

⁷¹⁸ M-A. FRISON-ROCHE, préc.

Chapitre 2 : Le droit civil de l'inceste prochainement soumis à l'évolution du Droit ?

Liberté et égalité sont les nouveaux maîtres mots du droit de la famille. En leur nom, la prohibition du mariage incestueux a déjà été ébranlée (Section 1) tandis que l'interdiction d'établir une double filiation incestueuse se sentirait de plus en plus menacée (Section 2). Mais sont-ils puissants au point de les faire chavirer ?

Section 1 : Le mariage incestueux à l'aune du principe de liberté

« Admettra-t-on un jour qu'il est contraire aux droits fondamentaux d'empêcher un père et sa fille de se marier ? »⁷¹⁹.

À notre époque, le mariage est perçu comme une preuve d'amour ; sa restriction comme un rejet juridico-social injustifié⁷²⁰. Dans une étude consacrée aux couples incestueux ayant besoin d'une dispense pour se marier, Biegelmann-Massari relevait l'incompréhension de ces derniers face à la réticence que leur opposait l'Etat. « *L'amour ne se commande pas* », « *On ne fait de mal à personne* »⁷²¹, sont autant de réactions qui traduisent à quel point les individus postmodernes ne comprennent pas que l'intérêt général puisse justifier une entrave à leur quête de bonheur⁷²². Alors, certes, une personne engagée dans un couple incestueux n'est pas dans l'absolu interdite de mariage, mais « seulement » avec celui ou celle qui donnerait à l'union un caractère incestueux. L'argument, similaire à celui utilisé par le Conseil constitutionnel avant que le mariage entre personnes de même sexe ne soit autorisé⁷²³, ne convainc évidemment pas. Comme le relève Bénabent, le mariage n'a pas d'intérêt en dehors de sa capacité à permettre de s'unir à l'être aimé : « *À quoi sert de pouvoir se marier si on ne peut le faire avec l' « élu » ?* »⁷²⁴.

Les empêchements à mariage, qui entrent traditionnellement dans « *la règle du jeu social* »⁷²⁵ sont de plus en plus remis en question. Comme le soulignait déjà en 1950 le visionnaire Doyen Carbonnier, « *l'histoire de notre mariage, depuis cinquante ans, est l'histoire d'une libération continue...* »⁷²⁶.

⁷¹⁹ J. HOUSSIER, « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », AJ Fam. 2017. 545.

⁷²⁰ A. BENABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in T. REVET et alii, *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p 27 s.

⁷²¹ M. BIEGELMANN-MASSARI, « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 », Population 1966.61.

⁷²² F. EUDIER, *op. cit.* et Y. LEQUETTE, préc.

⁷²³ Cons. Const., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC

⁷²⁴ A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », RTD civ. 1973.442.

⁷²⁵ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759.

⁷²⁶ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Mélanges Ripert*, Tome I, 1950, LGDJ, p327 s.

Ecornée, la prohibition se replie sur ce qu'elle a d'irréductible. Mais le droit de la famille, inlassablement, cède par incréments face aux situations de fait et aux exigences de bonheur de l'individu. Dans cette perspective, l'idée qu'il y aurait encore des amours interdites⁷²⁷ semble dépassée⁷²⁸. Dès lors, si en 1999 Mme Dekeuwer-Défossez considérait que « *cette exclusion ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse* »⁷²⁹, force est de constater que 15 ans plus tard le bilan s'est bien infléchi : « *longtemps indiscutée, cette interdiction de la célébration du mariage entre proches parents est aujourd'hui discutée au nom de la liberté individuelle* »⁷³⁰, peut-on lire. Même la célèbre Professeure lilloise est revenue sur sa position et reconnaît, suite à l'arrêt du 4 décembre 2013 que « *l'inceste pourrait bien, après la différence des sexes dans le mariage, être le prochain tabou levé, sous l'influence (corrosive ?) des droits individuels et du respect absolu du mode de vie de chacun, si attentatoire aux traditions et aux bonnes mœurs qu'il soit* ».

La liberté est une notion large. Elle offre des composantes variées : liberté d'aller et venir, liberté de se marier, liberté sexuelle, liberté d'expression etc. Ceci étant, on peut distinguer deux types d'atteinte à la liberté très différentes : obliger quelqu'un à faire quelque chose qu'il ne veut pas, - dans ce cas la situation doit être strictement surveillée - ; et empêcher quelqu'un de faire ce qu'il voudrait - dans ce cas l'atteinte semble moindre⁷³¹. Néanmoins, on peut observer qu'en pratique cette distinction n'est pas réellement prise en compte et que toute atteinte, même lorsqu'elle protège l'ordre public, tend de plus en plus à être présumée illégitime⁷³². Certains mettent en garde contre cette course à la Icare : il ne faudrait pas confondre liberté et licence⁷³³. L'Homme, par essence limité par sa finitude⁷³⁴, ne pourrait être livré à lui-même sans risquer de sombrer⁷³⁵.

Ces craintes ne semblent pas inquiéter le Droit, qui offre une place de choix à la liberté, notamment dans deux composantes susceptibles de nous intéresser : la liberté sexuelle et la liberté de se marier.

⁷²⁷ X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », LPA, 2012, n°334.

⁷²⁸ M. SEGALIN, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 1993, p131 s.

⁷²⁹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « A propos... », préc.

⁷³⁰ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p90 s.

⁷³¹ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle », D. 2008. 31.

⁷³² D. 2015. 1408, D. VIGNEAU et J-J. LEMOULAND, qui relèvent que : « *L'ordre public bridait autrefois la liberté. C'est aujourd'hui la liberté qui bride l'ordre public.* »

⁷³³ Pour Ogien, le rejet de la licence comme liberté n'est possible que dans une version *positive* de la liberté sexuelle, c'est-à-dire celle qui n'ignore pas les contraintes internes et impose une vision de la liberté dans laquelle on doit être maître(sse) de soi et où l'obéissance à la loi peut être synonyme de liberté. Cette liberté *positive* s'oppose à la liberté *négative*, cette dernière se limitant au domaine laissé libre de toute intervention concrète quant à mon champ d'action (me forcer/ m'empêcher de faire quelque chose) : R. OGIEN, *L'Etat nous rend-il meilleurs ? – Essai sur la liberté politique*, Gallimard, 2013, p11 s. Voir aussi : Ph. PORTIER, « Droit et liberté dans la pensée politique au XIX^e siècle », *Droits*, n°19, 1994, p37 s.

⁷³⁴ En ce sens : P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard, Paris, 1985.

⁷³⁵ Ph. PORTIER, « Droit et liberté dans la pensée politique au XIX^e siècle », *Droits*, n°19, 1994, p37 s.

Quant à la **liberté sexuelle** en premier lieu. Une objection vient néanmoins immédiatement à l'esprit : quel rapport y a-t-il entre les empêchements à mariage pour cause de parenté ou d'alliance et la liberté sexuelle, étant entendu qu'en France, rien n'interdit les relations sexuelles incestueuses *per se* et que le droit leur reconnaît même parfois des effets ?⁷³⁶ En réalité l'explication est simple : c'est parce qu'il n'ose plus réprimer les relations sexuelles incestueuses en tant que telles que le législateur les sanctionne avec tant de vigueur à travers les empêchements à mariage⁷³⁷. En d'autres termes, ce que prohibe officieusement le droit civil, ce sont bien les relations sexuelles entre proches parents⁷³⁸. Aussi, si la liberté sexuelle ne peut permettre directement de faire sauter les empêchements à mariage puisque ceux-ci ne sont pas officiellement fondés sur une quelconque restriction sexuelle, s'interroger à son sujet ne semble pas inutile. La liberté sexuelle nourrit la réflexion générale relative au droit du mariage et pourrait bien peser dans la balance. « *Sea, sex and sun... Le droit des couples est entré pleinement dans l'ère de la liberté* »!⁷³⁹...voilà une devise globalisante qui semble indiquer qu'il n'est pas insensé de penser que la liberté sexuelle peut contribuer à faire levier sur les empêchements à mariage.

La liberté sexuelle est une liberté fondamentale principalement protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDH) et qui couvre le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle⁷⁴⁰. La liberté sexuelle connaît certaines limites, qui ont pu être discutées : tout d'abord, il va sans dire que l'absence de consentement de l'un.e des partenaires est une limite à cette liberté⁷⁴¹. La question de la licéité de l'acte fait quant à elle débat. Dans l'arrêt KA et AD c/ Belgique, mise de côté la problématique du consentement, c'est la nature des actes en cause qui interroge : celle-ci peut-elle être en elle-même un obstacle à la liberté sexuelle ?⁷⁴² La question est délicate car en principe, entre adultes consentants, aucune

⁷³⁶ A-M. LEROYER, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », RTD civ. 2010. 381., qui fait allusion à l'action à fins de subsides.

⁷³⁷ A. BATTEUR, « L'interdit... », préc.

⁷³⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « PACS et famille », RTD civ. 2001. 529. pour qui la prohibition de l'inceste est avant tout une interdiction sexuelle avant d'être une interdiction familiale. ; D. FENOUILLET, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », Dr. fam. 2004, n°2, comm 16. qui parle d'« *union sexuelle interdite* » ; Voir aussi : I. CORPART., « L'inceste en droit français », Gaz. Pal., 1995, doct. 888. ; N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, p1 s. ; et D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose qui évoque « *une relation sexuelle incestueuse connue, frappée d'un interdit absolu* ».

⁷³⁹ D. 2015. 1408, D. VIGNEAU et J-J. LEMOULAND

⁷⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », D. 2005. 2973.

⁷⁴¹ En ce sens, la célèbre affaire CEDH, KA et AD c/ Belgique, n° 42758/98, 2005, D 2006, p. 1206, obs. J.-C. Galloux.

⁷⁴² Ibidem. L'affaire concernait des relations sexuelles sado-masochistes, incluant des actes ultraviolents, actes auxquels une des partenaires avait consenti au départ, avant de finir par se rétracter. Deux enjeux majeurs traversent cette affaire : la question du consentement et celle de licéité des actes en eux-mêmes, qui semblaient matériellement s'assimiler à des actes de torture et de barbarie.

limite et relative ; on l'appelait « *conubium* » et elle ne permettait le mariage qu'avec une personne particulière⁷⁵⁵. Si le droit civil a ensuite inversé la logique⁷⁵⁶ en offrant par principe une capacité générale à se marier, elle prévoit néanmoins quelques restrictions⁷⁵⁷. Aussi, comme dit plus haut, personne n'est interdit totalement de se marier, l'interdiction est relative. « *Libre à eux de se marier ailleurs, mais pas ensemble* »⁷⁵⁸.

La liberté de mariage est garantie à différents niveaux⁷⁵⁹. Sur le *plan interne* d'abord : le droit au mariage est protégé par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et par l'article 66 de la Constitution en tant que composante de la liberté individuelle⁷⁶⁰. Il est en ce sens reconnu par la jurisprudence comme un droit d'ordre public⁷⁶¹ à valeur constitutionnelle⁷⁶². Sur le *plan international*, il est protégé par l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ainsi que par l'article 23§2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Sur le *plan européen* enfin, les articles 8 et 12 de la CSDHDF et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (CDFUE) ont pu être utilisés pour défendre le droit au mariage.

Sur le fondement de l'article 12 CDSHDF, la Cour européenne des droits de l'Homme a été amenée à sanctionner une restriction au mariage fondée sur des raisons d'inceste. En effet, aux termes de l'arrêt B.L c/ RU déjà cité, celle-ci a considéré que la difficulté pour un couple enfant – beau-parent d'obtenir une dispense lui permettant de se marier portait une atteinte disproportionnée au droit au mariage⁷⁶³. Certains voient dans cet arrêt rendu contre le Royaume-Uni un ébranlement des prohibitions françaises. En effet, l'empêchement entre enfant – beau-parent existe également en France, et, pire encore, est insusceptible de dispense lorsque la personne créant l'alliance n'est pas décédée, ce qui laisserait penser que la France serait *a fortiori* condamnable⁷⁶⁴. Néanmoins certains opposent que ledit arrêt n'a pas à être suivi par les juridictions françaises en ce qu'il n'aurait pas autorité interprétative, n'étant qu'un arrêt de Chambre⁷⁶⁵. La Cour de cassation, selon d'autres, devrait refuser de s'y plier, -autorité ou pas

⁷⁵⁵ B. BEIGNIER & J-R. BINET, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2015, n°795.

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

⁷⁵⁷ Principalement l'absence de nubilité de l'un.e des partenaires (art 144 Cc), la polygamie (art 147Cc) et l'inceste (art 161 à 163, 366 et 342-7 Cc).

⁷⁵⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p301 s.

⁷⁵⁹ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, n°713.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

⁷⁶¹ CA, Paris, 30 avril 1963, D. 1963. 428, note A. Rouast

⁷⁶² Cons. const, 13 août 1993, JO 1993, p11722

⁷⁶³ A. GOUTTENOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. Fam.* 2005, n°234.

⁷⁶⁴ J-P. MARGUÉNAUD, « Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2005. 735

⁷⁶⁵ J-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage... », préc.

autorité-, en ce qu'il aurait méconnu le consensus européen régnant dans le domaine⁷⁶⁶. À défaut d'être condamné sur l'unique fondement de l'article 12, certains suggèrent que la différence de traitement opérée en droit français entre « *les alliés dont les ex-conjoints ont survécu et ceux dont les ex-conjoints ont eu la délicate attention de mourir jeunes* » serait apte être jugée discriminatoire au regard de l'article 12 s'il est combiné à l'article 14 de la Convention⁷⁶⁷. En tout état de cause, la solution retenue par Strasbourg en offusque plus d'un.e. Comme le relève non sans ironie Jean-Pierre Marguénaud : « *Décidément, la Cour européenne des droits de l'Homme en fera voir de toutes les couleurs aux malheureux civilistes attachés aux valeurs familiales classiques* »⁷⁶⁸. Le droit s'infléchirait à tort devant le fait et érigerait en droit subjectif ce qui n'est qu'une dérogation⁷⁶⁹. La perspective d'une « *déchirante révision* »⁷⁷⁰ en la matière semble toutefois ne pas s'approcher trop vite. Le 8 décembre 2016, la Cour de cassation a refusé de reconnaître qu'il y avait eu une atteinte disproportionnée au droit au mariage au sens de l'article 12 CSDHLE pour un couple enfant – beau-parent au motif que les requérants avaient effectivement été mariés durant 8 ans (l'action portant non pas sur la célébration du mariage mais sur son annulation)⁷⁷¹. Drôle de raisonnement toutefois quand on se souvient que la nullité entraîne l'annulation rétroactive du mariage, qui, par définition donc, n'a jamais existé⁷⁷².

Sur le fondement de l'article 8 CSDHLE cette fois-ci, soit donc sur le respect de la vie privée et familiale, la Cour de cassation a été amenée à sanctionner elle-même le droit français des empêchements à mariage. En effet, par une décision du 4 décembre 2013, qui concernait également l'annulation d'un mariage entre enfant – beau-parent, celle-ci a relevé d'office la violation de l'article 8, arguant que l'annulation du mariage revêtait une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée et familiale⁷⁷³. Avouant s'inspirer de l'arrêt B.L c/ RU, la Cour de cassation a toutefois opté pour un *visa* différent et a en outre tenu à rassurer les inquiets⁷⁷⁴ : sa décision n'aurait qu'une portée limitée au cas d'espèce⁷⁷⁵. Trois ans plus tard d'ailleurs, dans l'affaire du 8 décembre 2016 précitée, la Haute Cour n'a pas itéré sa position. Elle a cette fois décidé que, *-en sus d'une absence de violation de l'article 12 CSDHLE tel que vu ci-avant-*, l'annulation d'un mariage enfant – parâtre ne portait pas une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale dont le respect est imposé par l'article 8. Comme en 2013, la Haute juridiction a

⁷⁶⁶ *Ibidem*.

⁷⁶⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, « Vers la liberté... », préc.

⁷⁶⁸ *Ibidem*.

⁷⁶⁹ JCP 2006. I. 109, n°11, obs Sudre

⁷⁷⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « Vers la liberté... », préc.

⁷⁷¹ Cass. Civ. 1ère, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, FS-P+B+R+I, précité.

⁷⁷² J. HAUSER, « La proportionnalité proportionnelle et l'opposabilité aux tiers », RTD civ. 2017. 102.

⁷⁷³ Cass. Civ. 1ère, 04 décembre 2013, n° 12-26.066

⁷⁷⁴ F. CHÉNEDÉ, « Des dangers... », préc.

⁷⁷⁵ Ainsi indique-t-elle dans son rapport que « *les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant dans cette affaire* » (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html).

néanmoins limité sa solution au cas d'espèce⁷⁷⁶. Mais que l'on ne s'y méprenne pas. Ces précautions de limitation officielle aux cas d'espèce n'empêcheront pas ces arrêts de rayonner juridiquement et socialement⁷⁷⁷. Ainsi que le constate Frédéric Zenati-Castaing, « *bien que relatif à des intérêts particuliers* », le procès a toujours une portée qui le transcende puisqu'il intéresse tout le groupe. À cet égard, il « *affermit les valeurs acquises et assoit les valeurs nouvelles* »⁷⁷⁸. *In fine*, le jugement est par nature « *intrinsèquement et structurellement normatif* »⁷⁷⁹. D'un point de vue sociétal, cela implique que la décision de justice entérine de nouvelles valeurs. Après que la morale eût été source du procès, la modernité semble faire du procès le lieu de transaction d'un nouvel équilibre axiologique⁷⁸⁰, en l'occurrence, ici, la consécration d'une approche adoucie de l'inceste. Plus techniquement, comme ils ne sont que le résultat d'un infléchissement face à la CEDH, - tous deux sur la forme puisqu'ils exercent un contrôle de proportionnalité, seulement l'arrêt du 4 décembre 2013 sur le fond puisqu'il retient qu'il y a violation - , qui elle-même enjoint par sa jurisprudence les États à changer de législation, il n'est pas interdit de penser que ces arrêts peuvent avoir des répercussions à la « racine du mal », soit donc qu'ils incitent le législateur à modifier sa position. La critique portée par le Professeur Chénéde peut d'ailleurs être analysée d'un œil prospectif. Selon lui, ne peuvent pas être écartées par le juge les lois qui sont claires, précises et non-ambigües, et qui n'ont pas besoin d'être adaptées aux réalités nouvelles⁷⁸¹. Or, dans l'affaire du 4 décembre 2013 par exemple, la loi fixant le délai de prescription des actions en nullité a été écartée par le juge alors qu'elle était claire, précise et non-ambigüe...doit-on en déduire que c'est parce qu'elle n'est plus adaptée aux réalités nouvelles ?

S'agissant de l'article 9 de la CDFUE enfin : on peut souligner qu'à défaut de créer un contentieux autonome en matière familiale, la Charte des droits fondamentaux peut servir à renforcer les protections garanties par la CSDHLF. En effet, ainsi que le relèvent S. Van Drooghenbroeck et P. Wautelet⁷⁸², la seconde ayant inspiré la première et tous les États membres de l'Union européenne étant parties à la CSDHLF, il ne peut pas être fait une lecture plus restrictive de la CDFUE qu'il n'en est fait de la CSDHLF. En d'autres termes, la CSDHLF

⁷⁷⁶ Ainsi précise-t-elle aux termes de sa décision que la solution s'applique « *concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise* ». Voir aussi : R. MÉSA, « Mariage entre un beau-père et sa bru : droit au respect de la vie privée », in Dallozactualités, 6 déc. 2013.

⁷⁷⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », RLDC, 2014, n°12. pour qui : « *Même si elle n'a pas voulu le faire, la Cour de cassation porte une sérieuse atteinte au principe de la prohibition des mariages entre alliés en ligne directe* » et constate que « *la force symbolique de la prohibition ressort de cette affaire nécessairement amoindrie* ».

⁷⁷⁸ F. ZENATI, « Le procès... », préc.

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ *Ibidem*.

⁷⁸¹ F. CHÉNEDÉ, « Des dangers... », préc., D. 2014. 179. ; F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution... », préc.; Intervention de F. CHÉNEDÉ, in Actes de colloque : *Norme et Loi*, in Festival de Philosophie (Lyon, 07 octobre 2016)

⁷⁸² S. VAN DROOGHENBROECK & P. WAUTELET, *Droits fondamentaux en mouvement : questions choisies d'actualité*, Anthemis, 2012, p80 s.

constitue un standard minimal, que la CDFUE ne peut qu'augmenter⁷⁸³. On pourrait au demeurant penser à effectuer un recours en manquement contre l'Etat français en ce qu'il manquerait sur ce point à ses obligations communautaires⁷⁸⁴.

Connaissant les outils protégeant le droit au mariage, il convient de s'interroger sur un éventuel changement futur s'agissant de la prohibition civile de l'inceste. Un très récent jugement français du Tribunal de Grande Instance de Valenciennes, portant sur un mariage frère-sœur, a révélé qu'une certaine tolérance pouvait exister de la part des officiers d'état civil à l'égard des couples incestueux souhaitant se marier, malgré l'interdiction légale qui s'impose à eux⁷⁸⁵. L'histoire nous incite à penser que l'impulsion pourrait venir de manière plus éclatante de Strasbourg. Au-delà de l'empêchement à mariage entre enfant et beau-parent et qui a déjà été mis à mal par la CEDH, c'est l'ensemble des empêchements à mariage pour cause de parenté ou d'alliance qui pourrait être remis en question par elle.

Nonobstant, la « libéralisation » du mariage se heurte à certains obstacles juridiques. En effet, pour que la CEDH sanctionne un Etat, il ne suffit pas qu'un droit ou une liberté fondamentale soit atteinte. Il faut que cette atteinte soit illicite, c'est-à-dire ne respecte pas les exigences qu'impose le droit européen des droits de l'Homme. Ces exigences varient selon que le respect du droit fondamental crée à l'égard de l'Etat une *obligation négative* ou une *obligation positive*⁷⁸⁶. À chaque fois qu'il incombe à l'Etat de ne pas s'ingérer ou d'éviter qu'un tiers s'ingère dans le droit fondamental d'un individu, on est en présence d'une obligation négative. Dès lors qu'il incombe à l'Etat de prendre des mesures positives pour garantir le respect effectif du droit fondamental en question, il s'agit d'une obligation positive⁷⁸⁷. Il n'existe cependant pas de théorie générale permettant de distinguer entre obligation positive et négative⁷⁸⁸, et c'est la CEDH elle-

⁷⁸³ *Ibidem*.

⁷⁸⁴ La procédure de recours en manquement est prévue par les articles 258, 259 et 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et permet à tout Etat ou à la Commission elle-même de déposer un recours devant la Cour de justice dès lors que celui-ci viole ses obligations conventionnelles.

⁷⁸⁵ TGI Valenciennes, 30 mars 2017, n° 16/01794 : un demi-frère et une demi-sœur non-consanguins (la filiation du père à l'égard d'un des deux enfants étant le fait d'une reconnaissance détachée de toute réalité biologique), ont ainsi réussi à se marier grâce à l'absentation volontaire de l'officier d'état civil. Sur cette affaire étonnamment passée sous silence : X. LABBÉE, « L'homme qui a valablement épousé sa soeur face à l'adage "quae temporalia" », Gaz. Pal. 2017, n°25, p21.

⁷⁸⁶ Distinction opérée par l'arrêt CEDH, Affaire linguistique belge, 1968, n°1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64 et systématisée par l'arrêt CEDH, Marckx c/ Belgique, 1979, n°6833/74. Voir également : F. SUDRE, « Les obligations positives dans la Jurisprudence européenne des droits de l'Homme », RTDH 1995, p363 s.

⁷⁸⁷ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Dalloz, 2014, p25 s. et J-F. AKANDJI-KOMBE, « Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme », précis sur les droits de l'Homme, n°7, 2006, p5 s.

⁷⁸⁸ F. SUDRE, « Les obligations positives dans la Jurisprudence européenne des droits de l'Homme », RTDH 1995, p363 s.

même qui apprécie de manière casuistique la nature de l'obligation en cause⁷⁸⁹. Cette dernière précision appelle deux remarques : d'une part, la frontière entre obligation négative et obligation positive demeure assez nébuleuse⁷⁹⁰, ce que la Cour reconnaît elle-même⁷⁹¹. D'autre part, le choix que fait la CEDH d'identifier plutôt une obligation positive qu'une obligation négative est souvent mu par des raisons politiques⁷⁹². En effet, le contrôle effectué par la Cour varie d'intensité et est permis donc d'être plus ou moins regardant sur la liberté des Etats. Sur les sujets sensibles, la CEDH préfère souvent ne pas trop approfondir son contrôle⁷⁹³.

Lorsqu'elle identifie une *obligation négative*, la CEDH va vérifier si l'atteinte : a) est prévue par la loi, c'est-à-dire si l'atteinte repose sur une base légale⁷⁹⁴ et que cette base est accessible, précise et prévisible⁷⁹⁵ ; b) poursuit un but légitime c) est nécessaire dans une société⁷⁹⁶. Quant au c), être « nécessaire » ne signifie pas être « indispensable »...mais pas non plus être seulement « utile ». En réalité, c'est plutôt une appréciation de la proportionnalité de la mesure au but visé⁷⁹⁷. Pour le dire autrement, la proportionnalité est une composante de la nécessité. Comme le disait Jellinek, cela consiste *grosso modo* à ne pas tirer sur des moineaux avec un canon⁷⁹⁸. Somme toute, cette évaluation est plus une grille de lecture générale qu'une technique précise⁷⁹⁹. Dès lors que l'atteinte ne répond pas à l'une de ces trois exigences, alors la CEDH considère que l'Etat viole le droit protégé par la CSDH en cause.

Lorsque la CEDH vérifie la légalité de l'atteinte d'un droit dans le cadre d'une *obligation positive*, elle effectue un contrôle réduit⁸⁰⁰ : elle ne vérifie en effet ni la légalité de l'atteinte ni la légitimité du but avancé par l'Etat⁸⁰¹ et se borne à rechercher l'existence d'un juste équilibre entre les intérêts concurrents de la société et de l'individu⁸⁰², à l'aune néanmoins toujours de la situation

⁷⁸⁹ C. MADELAINÉ, « La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme », RDLF 2013, n°01.

⁷⁹⁰ C. MADELAINÉ, *op. cit.*, et F. SUDRE, « Les obligations... », préc.

⁷⁹¹ CEDH, Van Kuck c/ Allemagne, 2003, n° 35968/97.

⁷⁹² C. MADELAINÉ, *op. cit.*, p201 s. ; B. MORON-PUECH, « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c/ France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *Rev. dr. homme*, mai 2017.

⁷⁹³ X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p285 s.

⁷⁹⁴ La Jurisprudence précise que : « dans un domaine couvert par le droit écrit, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles », (CEDH, Kruslin c/ France, 1990, n°11801/85, §29)

⁷⁹⁵ L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p323 s ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 13^{ème} édition, 2016, p208 s et L. HENNEBEL & H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Pedone, 2016, p1050 s. Voir aussi : CEDH, Sunday Times c/ R-U, 1979, n°6538/74, §49 et CEDH, Observer et Guardian c/ R-U, 1991, n°13585/88, §52.

⁷⁹⁶ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme. De quoi est-il question ? », JCP G 2017. 289.

⁷⁹⁷ M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH », in E. PETTITI *et alii*, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1995, p76 s.

⁷⁹⁸ Cité par F. SUDRE, préc.

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ F. SUDRE, « Les obligations... », préc.

⁸⁰¹ Ph. REIGNÉ, « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », D. 2016. 1915

⁸⁰² J.-F. AKANDJI-KOMBE, *op. cit.* p5., et F. SUDRE, « Le contrôle ... », préc.

concrète de ce dernier⁸⁰³. Techniquement, elle va d'abord apprécier le caractère adéquat des motifs invoqués par l'Etat, c'est-à-dire vérifier que le caractère d'intérêt général est fondé⁸⁰⁴, puis va apprécier le caractère adéquat de l'attitude de l'Etat, c'est-à-dire vérifier que les moyens mis en œuvre par lui sont appropriés⁸⁰⁵. Néanmoins, la CEDH opère de manière peu stricte et ne suit pas en pratique une méthode très précise⁸⁰⁶. Plus officieusement, on constate qu'au-delà de la méthode, c'est aussi l'état d'esprit de la Cour qui change lorsqu'elle a affaire à une obligation positive. Considérant que dans ce cas il revient aux Etats de s'organiser pour respecter leurs engagements conventionnels, elle semble effectuer un contrôle plus mou⁸⁰⁷.

Appliquons donc cela au cas de l'inceste. Tout d'abord, il convient de déterminer la nature de l'obligation en cause. Il y a fort à parier que si le litige se joue sur le terrain de l'article 12, la CEDH retiendrait l'existence d'une obligation négative, comme elle le fit dans l'affaire B.L c/ R-U précité. Pour le respect de la vie privée et familiale en revanche, force est de constater que l'article 8 est devenu le terrain privilégié des obligations positives⁸⁰⁸ et qu'il y a peut-être donc moins de chance que la CEDH reconnaisse l'existence d'une obligation négative en la matière. Cependant rien ne nous permet d'affirmer avec pleine certitude que la Cour retiendrait l'une ou l'autre, et il convient donc d'envisager les deux, à la fois sur la base de l'article 12 et de l'article 8.

Si l'on considère donc l'atteinte à la liberté de mariage à travers le prisme d'une *obligation négative*, les prohibitions françaises de l'inceste seraient-elles susceptibles d'être sanctionnées ? Vérifions donc étape par étape :

a) Prévue par la loi, l'atteinte à la liberté de mariage l'est *via* les empêchements prévus par le Code civil.

b) Dans le cadre de l'article 12, de tels empêchements ont été reconnus comme poursuivant un but légitime. Dans l'arrêt B.L c/ RU, la CEDH avait en effet retenu que les empêchements à mariage poursuivaient le but légitime de protéger l'intégrité de la famille et de prévenir la détresse des enfants qui seraient perturbés. D'autres fondements classiques pourraient être invoqués, tels que l'étrange « protection de la morale » de l'arrêt Stübing⁸⁰⁹ ou la « paix des familles », souvent arguée en matière d'inceste.

⁸⁰³ Ph. REIGNÉ, « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », D. 2016. 1915

⁸⁰⁴ J-F. AKANDJI-KOMBE, *op. cit.*, p10 s.

⁸⁰⁵ *Ibidem*.

⁸⁰⁶ *Ibidem*.

⁸⁰⁷ *Ibidem*.

⁸⁰⁸ P. VAN DIJK *et alii* (dir.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Luwer Law International, 3th edition, 1998, p489 s. ; A. DEBET, « L'assureur, le transsexuel et la Convention européenne des droits de l'homme », RDC 2004, n°3, p388.

⁸⁰⁹ CEDH, Stübing c/ Allemagne, n°43547/08, 2012. L'affaire concernait la question de la répression pénale allemande des relations sexuelles incestueuses, même consenties. Relevé aussi par : S-M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Thèse, Paris I, 2015, p269.

Dans le cadre de l'article 8, ces fondements ne pourraient en revanche pas tous être invoqués. En effet, le paragraphe 2 de l'article 8 liste les buts légitimes pouvant justifier une atteinte au droit à la vie privée et/ou familiale. Cette liste est limitative⁸¹⁰. En outre, les buts cités doivent être interprétés strictement⁸¹¹ et ne peuvent être détournés des cas pour lesquels ils ont été prévus (article 18 CSDHLF)⁸¹². Il s'agit des objectifs de sécurité nationale, de sûreté publique, du bien-être économique du pays, de défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales, de protection de la santé ou de la morale, ou de protection des droits et libertés d'autrui. Il convient donc de reprendre les motifs prévus par l'article 8§2 justifiant une ingérence étatique dans le droit fondamental afin de vérifier si l'un d'entre eux peut légitimer l'atteinte subie par les couples incestueux. Quatre motifs semblent pouvoir être invoqués : la défense de l'ordre, la protection de la santé, la protection de la morale et celle des droits et libertés d'autrui. S'agissant de la *défense de l'ordre*, en premier lieu. Le terme « ordre » s'avère assez équivoque. Or, comme dit précédemment, l'article 18 CSDHLF impose une lecture téléologique des limites énumérées à l'article 8§2 CSDHLF et rejette toute utilisation détournée de celles-ci⁸¹³. Aussi, il convient de comprendre ce qu'ont visé les rédacteurs de la Convention lorsqu'ils ont inscrit la défense de l'ordre dans les buts légitimant une atteinte à la vie privée. Pour ce faire, il convient de revenir à l'origine de cette clause de restriction. À l'origine, l'article 8§2 s'inspire de la DUDH, et plus particulièrement de son article 29§2 qui parle d'« ordre public »⁸¹⁴. Néanmoins, lors de son élaboration, la CSDHLF a été modifiée le 6 mars 1950 par des amendements britanniques⁸¹⁵, qui proposaient l'objectif de « *lutte contre le désordre ou le crime* »⁸¹⁶. C'est cette limite-là qui sera finalement entérinée par le texte définitif, sous l'expression « *défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales* ». On voit bien ici que le terme « ordre » fait référence à la sécurité et non à l'organisation d'un Etat. La version anglaise confirme d'ailleurs cette analyse⁸¹⁷. Dès lors, on ne peut aucunement considérer que les empêchements à mariage prévus par la loi française poursuivent une quelconque défense de l'« ordre » au sens de l'article 8§2 CSDHLF. S'agissant de la *protection de la santé*, en deuxième lieu. L'argument pourrait utilement être invoqué pour les empêchements à mariage pour cause de parenté de sang. En revanche, pour les empêchements à mariage pour cause de parenté adoptive ou pour les empêchements à mariage pour cause d'alliance un tel but ne pourrait pas être considéré légitime. S'agissant de la *protection de la morale*,

⁸¹⁰ L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *op. cit.*

⁸¹¹ *Ibidem.*

⁸¹² L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *op. cit.*, p323 s et p523 s.

⁸¹³ *Ibid*, p523 s.

⁸¹⁴ *Ibid*, p323 s.

⁸¹⁵ *Ibidem.*

⁸¹⁶ L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *op. cit.*, p305 s.

⁸¹⁷ B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », D. 2017. 1404.

en troisième lieu. Là aussi, le terme « morale » n'est pas sans poser certaines difficultés⁸¹⁸, dont la CEDH, ainsi qu'elle nous l'a prouvé dans l'arrêt *Handyside*, est consciente⁸¹⁹. Les juges strasbourgeois considèrent généralement que la protection de la morale n'est pertinente que si elle se limite à protéger les individus vulnérables⁸²⁰ ou à réprimer les torts causés à autrui. Pour ce faire, la CEDH procède de deux manières : soit elle lie l'objectif de protection de la morale à celui qui le suit dans l'article 8§2, c'est-à-dire la protection des droits et libertés d'autrui, soit elle affirme, comme elle l'a fait dans le célèbre arrêt *Dudgeon*⁸²¹, que la morale sociale ne peut suffire à justifier une atteinte à un droit individuel, et qu'il faut faire primer, dans les sociétés libérales modernes, la liberté privée sur la tyrannie de la majorité. Il arrive néanmoins encore que pour reconnaître l'existence d'un but légitime justifiant une atteinte à l'article 8, la CEDH s'en remette à la simple référence à la morale publique⁸²². Pourtant, depuis l'arrêt *Dudgeon*, un tel raisonnement ne devrait plus pouvoir tenir, car c'est désormais l'obligation de neutralité axiologique de l'Etat et son devoir de tolérance à l'égard des mœurs personnelles qui doivent guider la CEDH dans l'appréciation de la violation d'un droit⁸²³. S'agissant de *la protection des droits et libertés d'autrui* enfin. Il pourrait être invoqué pour les enfants des familles où se nouent des relations incestueuses. Pour autant, il n'est pas certain que cela réponde de la protection des « droits » ou des « libertés » de ces enfants. Ce serait d'ailleurs plutôt l'inverse puisque les enfants incestueux sont privés de certains de leurs droits. Dans l'arrêt du 8 décembre 2016 susmentionné, la Cour de cassation a considéré légitime l'objectif de sauvegarde de l'intégrité de la famille et celui de protection des enfants des changements de structure familiale. Cette motivation laisse circonspect car les buts invoqués ne semblent pas faire partie de ceux qu'autorise la Convention. La Cour européenne pourrait donc retenir une autre solution ou à tout le moins adopter un autre fondement si elle venait à se prononcer sur le terrain de l'article 8.

Ceci étant dit, notons toutefois qu'en pratique la CEDH est assez frileuse et n'ose que très rarement remettre en question la pertinence des buts légitimes avancés par l'Etat au soutien de l'atteinte dont il est l'auteur⁸²⁴. Tout au plus se limite-t-elle à attendre de lui qu'il identifie

⁸¹⁸ E. BIRDEN, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale – Etude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Paris II-Assas, Collection des Thèses, 2015, p29 s.

⁸¹⁹ E. BIRDEN, *op. cit.*

⁸²⁰ F. SUDRE, *op. cit.*, p213 s, qui cite l'arrêt CEDH, *Rieme c/ Suède*, 1992. Et S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p25 s., évoquant l'arrêt CEDH, *Handyside*, 1976, n°5493/72. Voir aussi : L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), *op. cit.*, p323 s.

⁸²¹ CEDH, *Dudgeon c/ R-U*, n°7525/76, 1981, §49.

⁸²² S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p25 s., qui prend pour exemple l'arrêt CEDH, *Müller et autres c/ Suisse*, 1988, n°10737/84.

⁸²³ E. BIRDEN, *op. cit.*, p278 s.

⁸²⁴ F. SUDRE, *op. cit.* ; U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, p25 s.

lesdits buts puisque c'est sur lui que pèse la charge de la preuve⁸²⁵ et à émettre quelques doutes quant à la réalité et/ou la pertinence des objectifs avancés⁸²⁶.

c) Là où la CEDH pourrait innover librement, ce serait en retenant que les empêchements à mariage pour cause de parenté ou d'alliance poursuivent un but légitime mais portent une atteinte disproportionnée au droit au mariage⁸²⁷, comme dans l'arrêt B.L c/ RU. Cette disproportion pourrait jaillir de la combinaison de facteurs chers à la CEDH éparpillés ça et là. Celle-ci protège en effet les modèles familiaux divers⁸²⁸, quand bien même ceux-ci sont de nature à « *heurter, choquer ou inquiéter de larges fractions de la population* »⁸²⁹, les Etats n'étant libres d'imposer leur propre modèle familial ... que dans la mesure où ils respectent les principes de liberté et d'égalité⁸³⁰. En outre, la CEDH a tendance à vouloir faire correspondre répression pénale et prohibition civile⁸³¹. En ce sens, certaines positions de la CEDH semblent laisser penser qu'un acte non-réprimé pénalement ne peut pas logiquement être sanctionné civilement⁸³². Enfin, comme déjà évoqué rapidement ci-dessus, la CEDH maintient une position ambivalente : elle prétend fonder ses décisions sur l'appréciation *in concreto* de l'intérêt des requérants, ce qui lui permet de consacrer des solutions en toute honnêteté très libérales puisque officiellement limitées, mais a inéluctablement une influence sur la législation interne des Etats parties. En définitive, la mutation pourrait résulter de l'association – consciente ou non – des positions variées prises par la CEDH depuis quelques temps en matière familiale. Cependant, rien n'est établi. La CEDH peut très bien juger proportionné le modèle prohibitif en se fondant sur le quasi-consensus émanant des Etats en ce domaine, tout comme elle peut choisir de laisser les Etats souverains sur cette question, étant entendu qu'il s'agit là d'une problématique touchant à la morale. Elle peut aussi faire référence aux valeurs sociales majoritaires du pays, qui peuvent constituer un élément pertinent (mais non-suffisant) dans la balance des intérêts. Au demeurant, on ne peut ignorer que les inflexions intervenus en la matière ces dernières années ne concernaient que des incestes par alliance, pour lesquels l'horreur n'est plus « *spontanément ressentie* »⁸³³, et non des incestes consanguins...

⁸²⁵ U. KILKELLY, *ibid.*

⁸²⁶ F. SUDRE, *op. cit.*

⁸²⁷ D. 2006.1418, obs Lemouland, qui remarque que la résolution de ce contentieux ne peut se limiter à la question du but légitime : « *Que valent encore ces considérations générales face à la satisfaction des droits individuels ?* » écrit-il.

⁸²⁸ H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? » *Deffrénois* 2005, 1461.

⁸²⁹ CEDH, Dudgeon, préc.

⁸³⁰ H. FULCHIRON, préc.

⁸³¹ A. GOUTTENOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. Fam.* 2005, n°234.

⁸³² *Ibidem.*

⁸³³ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », *RLDC*, 2014, n°12.

Si l'on considère donc l'atteinte à la liberté de mariage à travers le prisme d'une *obligation positive*, les prohibitions françaises de l'inceste seraient-elles susceptibles d'être sanctionnées ? Seule alors est en cause la question de la proportionnalité du but visé par rapport à l'atteinte portée par l'Etat. Que ce soit dans le cadre de l'article 8 ou de l'article 12, la caractérisation d'une violation par l'Etat français n'est pas évidente, ainsi qu'il a été démontré ci-avant.

Somme toute, il apparaît évident qu'il est toujours plus facile de reconnaître une violation sur le terrain des obligations négatives, puisque la Cour effectue dans ces cas-là un contrôle plus rigoureux de la licéité de l'atteinte. Une partie de la Doctrine considère d'ailleurs à cet égard que pour un droit fondamental donné, eu égard au principe d'effectivité qui commande d'interpréter les engagements toujours dans le sens le plus protecteur⁸³⁴, si les deux qualifications sont envisageables, - obligation positive et obligation négative -, alors il faut privilégier la qualification d'obligation négative afin que le contrôle soit plus approfondi et que le droit soit ainsi mieux protégé.

Finalement, les empêchements à mariage pourraient avoir encore quelques beaux jours devant eux, tout du moins les empêchements pour cause de parenté. Il ne semble cependant pas en aller de même s'agissant de l'interdiction de l'établissement de la double filiation pour les enfants issus d'inceste.

Section 2 : L'enfant incestueux à l'aune du principe d'égalité

La loi civile n'interdit pas tout établissement de filiation entre l'enfant incestueux et ses parents. L'origine incestueuse d'un.e enfant ne ressortant que d'une relation triangulaire, le droit positif empêche que l'enfant soit rattaché.e à ses deux branches, le « *rejetant ainsi dans le vide, ou dans la consolation d'un établissement unilatéral* »⁸³⁵. La consolation est bien maigre. Et pourtant, pendant longtemps, cela ne choquait personne de « faire payer » à l'enfant les actes de ses parents⁸³⁶. En réalité, c'est parce que l'on ne raisonnait pas en ces termes⁸³⁷. D'une part car toute

⁸³⁴ J-F. AKANDJI-KOMBE, *op. cit.*, p5 s.

⁸³⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p309 s. et du même auteur : « La famille unilinéaire » in *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p153 pour qui « *la miséricorde de la loi consiste à donner sa chance au seul rameau parental qui puisse croître* ».

⁸³⁶ A. BÉNABENT, *op. cit.* n°810 s.

⁸³⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « A propos... », préc.

la condition sociale découlait de la naissance⁸³⁸, d'autre part car l'on visait bien à protéger quelque chose à travers des règles rigides et inégalitaires⁸³⁹ : la famille légitime, et, par elle, la société⁸⁴⁰.

Cependant, les choses évoluent. La filiation, autrefois perçue comme un droit de l'ascendant.e sur son descendant.e a changé de logique pour devenir principalement un droit de l'enfant⁸⁴¹. À l'époque d'un droit de la famille pédocentrique⁸⁴² et égalitaire⁸⁴³, la règle qui interdit à un enfant d'établir sa filiation à l'égard de ses deux parents est de plus en plus vue comme « *curiosité* »⁸⁴⁴ contraire au principe d'égalité et condamnée à être sanctionnée par le droit européen⁸⁴⁵.

L'inégalité que subit l'enfant incestueux est étouffée, presque ignorée. Certains manuels de droit n'en font même pas état⁸⁴⁶, se contentant d'expliquer que depuis la loi n° 2004-1343 du 09 décembre 2004, la législation a pu « *tirer en droit de la filiation les conséquences de l'égalité de statut entre enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance* »⁸⁴⁷. L'organisation du Code civil elle-même est cynique : après avoir clamé haut et fort le principe d'égalité entre tous les enfants (310 Cc), celui-ci introduit, mine de rien, la disposition qui interdit aux enfants incestueux d'établir leur double filiation (310-2 Cc)⁸⁴⁸. On croirait presque un slogan publicitaire malhonnête : **Tous égaux !***. (*voir conditions au dos : sauf les enfants incestueux).

Certains refusent de voir un traitement injuste, plaidant que l'inégalité de situation de ces enfants justifie leur inégalité de traitement⁸⁴⁹. Mais alors, que recouvre vraiment la notion d'égalité ? On peut identifier deux niveaux d'égalité⁸⁵⁰. D'une part l'égalité dans la société entendue *in globo* ; dans ce cas, si on l'instaure, elle n'enlève rien à ceux qui avaient déjà des droits, à l'instar de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. D'autre part l'égalité dans un

⁸³⁸ A. BÉNABENT, *op. cit.*, qui résume en ces mots : « *S'il nous choque aujourd'hui de faire ainsi supporter à l'enfant les conséquences des conditions de sa conception, nul ne s'en étonnait en un temps où la naissance commandait de façon plus générale l'ensemble de la condition sociale.* »

⁸³⁹ Y. BUFFELAN-LANORE & V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil – Introduction : Biens, Personnes, Famille*, Sirey, 19^{ème} édition, 2015, p567 s. qui cite Napoléon : « *La loi ignore les concubins* » ; H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil, 3^{ème} volume, La famille*, par L. LEVENEUR, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1995, p9 s. qui citent également les douces paroles de Napoléon « *L'Etat n'a pas besoin de bâtard* » aurait-il déclaré.

⁸⁴⁰ R. NERSON, « La situation juridique des enfants nés hors mariage », RTD Civ. 1975. 397. Et A. BÉNABENT, *op. cit.*

⁸⁴¹ Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2014, p153 s.

⁸⁴² Cf *supra*.

⁸⁴³ A-M. LEROYER, *op. cit.*, p73 s., pour qui « *La continuité pourrait se poursuivre tout d'abord sur la voie de l'égalité. Spécialement, l'égalité entre les enfants n'est en effet pas tout à fait achevée. La doctrine réfléchit ainsi de manière récurrente sur l'enfant né d'un inceste.* »

⁸⁴⁴ C. GRIS, *op. cit.*, p507 s.

⁸⁴⁵ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p399 s.

⁸⁴⁶ Y. BUFFELAN-LANORE & V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*

⁸⁴⁷ F. GRANET-LAMBRECHTS & J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation » D. 2006. 17.

⁸⁴⁸ J-J. LEMOULAND, *op. cit.*, p456 s.

⁸⁴⁹ J-J. LEMOULAND, *op. cit.*, p456 s. qui écrit que « *ce traitement différent se justifie par sa situation différente* ».

⁸⁵⁰ Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du Droit de la famille », in *Mélanges en hommage à F. Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p417 s.

groupe restreint ; dans ce cas, on est face à un bien limité et si on l'instaure, on retire quelque chose à ceux qui bénéficieraient avant du droit, comme lorsqu'on a aligné les droits successoraux de l'aîné et du cadet. Ceci étant, on peut justifier une inégalité juridique de deux manières⁸⁵¹ : soit l'inégalité résulte des faits (la femme bénéficie d'un congé maternité car c'est en principe elle qui accouche), soit elle résulte d'un choix législatif œuvrant en ce sens ; c'est le cas de l'enfant incestueux⁸⁵². Enfin, notons qu'en droit de la famille, l'égalité prend corps sous trois formes⁸⁵³ : égalité entre les hommes et les femmes, égalité entre enfants d'une même fratrie⁸⁵⁴, et égalité entre les familles, cette dernière facette étant évidemment la plus arbitraire.

De nos jours, la tendance est à l'égalitarisme⁸⁵⁵. On traque ainsi la moindre inégalité juridique et « *toute différence de traitement doit être passée au crible des droits fondamentaux* »⁸⁵⁶. L'égalité est devenue un véritable droit subjectif⁸⁵⁷, qui justifie même la mise en place de mesures de discrimination positive visant à rétablir les inégalités existant entre les groupes sociaux⁸⁵⁸. Au demeurant, la discrimination fondée sur la naissance est de celles qui scandalisent le plus⁸⁵⁹. Et pour cause ! On reconnaît à l'enfant son innocence⁸⁶⁰ et son état d'impuissance⁸⁶¹. « Faire payer » l'enfant appert alors contraire au principe de personnalité de la peine⁸⁶² et fondamentalement injuste⁸⁶³. À cet égard, l'égalité civile des enfants prolongerait l'égalité naturelle existant entre tous les humains⁸⁶⁴. Protéger la « famille » au détriment d'un être innocent ne paraît plus aller de soi⁸⁶⁵. Plus encore, cela « *répugne aux mœurs et au simple sentiment de Justice* »⁸⁶⁶. Ainsi que le soulignaient déjà Planiol et Ripert : « *Il n'y a pas de plus grand scandale que de dénier l'action en justice à ceux qui ont un droit, sous prétexte de scandale ; le respect du droit est le plus grand des intérêts* »⁸⁶⁷. Et ce droit, les enfants incestueux ne devraient pas se le voir retirer « *car leurs droits ne tiennent pas de leur nombre, mais de leur*

⁸⁵¹ T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p96 s.

⁸⁵² *Ibidem*.

⁸⁵³ H. FULCHIRON, préc.

⁸⁵⁴ En valeur et en nature, comme nous l'enseigne l'arrêt CEDH Inze c/ Autriche, 1987, n° 8695/79.

⁸⁵⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « A propos... », préc.

⁸⁵⁶ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p17 s.

⁸⁵⁷ F. BOULANGER, « Droit de la famille et contrôle de la notion d'égalité », D 2012. 565.

⁸⁵⁸ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p115 s.

⁸⁵⁹ M. BOUVIER, « L'égalité des filiations », Gaz. Pal. 2002, n°276, p4.

⁸⁶⁰ T. GARÉ, *op. cit.*, p96 s. et G. CORNU, « La filiation », APD 1975, p29 s.

⁸⁶¹ G. CORNU, *ibid.*

⁸⁶² Qui rappellent d'ailleurs qu'il s'agit là d'un principe chrétien : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p194 s. ; O. DESCAMPS, Ancrages historiques, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011. Voir aussi, plus généralement : F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p352 s. et T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p96 s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, préc.

⁸⁶³ A. SERIAUX, « L'égalité des filiations depuis la loi du 03 janvier 1972 », in *Mélanges Colomer*, 1993, p431 s. et T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p96 s.

⁸⁶⁴ G. CORNU, préc.

⁸⁶⁵ R. NERSON, préc.

⁸⁶⁶ R. HOUIN, « Une réforme nécessaire : la créance alimentaire des enfants adultérins et incestueux », JCP, 1946. 1. 521.

⁸⁶⁷ M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 12^{ème} édition, LGDJ, 1939, n°1438.

qualité d'enfant »⁸⁶⁸. Aussi, on ne voit plus l'enfant comme un *facteur involontaire de trouble* mais comme *victime dont les droits sont bafoués*⁸⁶⁹ !

Dès lors, la question de la discrimination des enfants incestueux est vive⁸⁷⁰. Mais la discrimination ne se présume jamais : il faut la prouver⁸⁷¹. On sait que discriminer, c'est procéder à une différence de traitement dans l'exercice ou la jouissance d'un droit connu, entre deux situations analogues ou comparables, sans que cela soit justifié par une raison objective, raisonnable et proportionnée⁸⁷². En bref, c'est une distinction, et une distinction arbitraire⁸⁷³. Cependant, certains déplorent une suridéologisation de l'égalité⁸⁷⁴. Ils considèrent que l'égalité n'est pas un droit dans l'absolu⁸⁷⁵, mais seulement une modalité d'exercice ou de jouissance d'un droit⁸⁷⁶. Aussi, trop utilisée, la notion en serait déformée : l'appel à l'égalité amènerait à corriger non plus seulement des choix législatifs arbitraires, mais aussi des situations factuelles différentes⁸⁷⁷. L'interdiction d'établir une double filiation devra donc être appréhendée à la lumière de ces précisions.

Ceci étant, il convient lever le voile sur les manifestations d'inégalité qui découlent de cette règle. L'article 310-2 Cc crée à l'évidence une inégalité entre les filiations. Plus subtilement, elle établit également une inégalité entre les sexes, chacun des parents de l'enfant incestueux n'ayant pas autant de chances dans l'établissement de son lien filial. Ces inégalités sont-elles discriminatoires ? Comment seraient-elles jugées si on les emmenait faire un tour dans l'Allée des droits de l'Homme de Strasbourg ?

S'agissant de **l'égalité des filiations** tout d'abord. Aujourd'hui pourchassée, l'inégalité des filiations était hier la norme, la matrice même du droit de la famille. Le droit romain⁸⁷⁸, et à sa suite le Code civil⁸⁷⁹, distinguait d'un côté les enfants nés dans le cadre d'un mariage, légitimes, et

⁸⁶⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p7 s.

⁸⁶⁹ D. GUEVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse », in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s. ; C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, *op. cit.*, p216 s., qui relèvent que l'enfant est toujours une « victime innocente du vice de sa naissance ».

⁸⁷⁰ J. MASSIP, « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Defrénois* 1990. 149.

⁸⁷¹ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

⁸⁷² *Ibidem*. Voir aussi l'arrêt CEDH, Hoffmann c./ Autriche du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 31.

⁸⁷³ V. DOUMENG, « Discrimination et droit de la famille », in M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination, perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p203 s.

⁸⁷⁴ Ph. JESTAZ, préc.

⁸⁷⁵ F. CHÉNEDÉ, « Le Droit... », préc.

⁸⁷⁶ Ph. JESTAZ, préc.

⁸⁷⁷ M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH », in E. PETITTI *et alii*, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1995, p76 s.

⁸⁷⁸ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2012, p55 s.

⁸⁷⁹ R. HOUIN, préc.

de l'autre les enfants naturels, les bâtards⁸⁸⁰. Alors, certes, ainsi que nous l'avons déjà relevé, il y eut quelques infléchissements durant la période révolutionnaire⁸⁸¹, puis plus tard, au XX^e et XXI^e siècle, lorsque l'on reconnut un statut similaire à celui de l'enfant légitime à l'enfant naturel simple, puis à l'enfant naturel adultérin...mais jamais ces évolutions n'ont vraiment atteint l'enfant incestueux⁸⁸², ce dernier demeurant encore et toujours « *le dernier discriminé de notre droit* »⁸⁸³, « *l'ultime victime de sa naissance* »⁸⁸⁴, bref, le « *dernier paria* »⁸⁸⁵. Le mépris pour l'enfant incestueux à l'origine est tel que les juristes discutaient même de la légitimité de son existence. « *Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir* » suggère-t-on⁸⁸⁶. La règle juridique apparaît comme un palliatif à l'impossibilité regrettée de ne pas pouvoir supprimer l'enfant lui-même : « *à défaut d'éliminer physiquement l'enfant, la loi supprime juridiquement son état civil, ou plutôt l'ampute de moitié* »⁸⁸⁷. En somme, l'enfant paiera : « *Pour lui donc, rien le plus souvent ! Et toujours le moins possible !* »⁸⁸⁸. Le moins possible c'est donc pas de filiation⁸⁸⁹, pas de succession⁸⁹⁰, seulement des aliments⁸⁹¹. Le parent paiera aussi : au lieu de simplement lui retirer le droit de transmettre sa succession, on préfère couper toute filiation pour empêcher « *à un père de donner un nom, ses soins et ses caresses* »⁸⁹². Quelques positions dissidentes viennent adoucir le tableau : « *ils sont hommes après tout, et à ce titre ils ont le droit de vivre* »⁸⁹³ écrit Baudy-Lacantinerie.

Alors certes, rares sont les auteurs qui plaident la cause de l'enfant incestueux⁸⁹⁴. Rares, mais pas inexistantes. On ne peut dès lors être qu'en désaccord avec A. Bateur lorsqu'elle écrit que personne « *n'ose appeler de ses vœux une modification du sort de l'enfant incestueux* »⁸⁹⁵. Très tôt, déjà, quelques juristes ont déploré le traitement juridique réservé à l'enfant incestueux⁸⁹⁶. Seulement, leur voix a été ignorée. « *Tournons notre attention compatissante sur ces enfants malheureux* » aurait dit

⁸⁸⁰ M-H. RENAULT, *op. cit.*

⁸⁸¹ *Ibidem.* ; A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°810 s.

⁸⁸² F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p352 s.

⁸⁸³ J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* 2006, étude 1, n°11.

⁸⁸⁴ J. HOUSSIER, « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ Fam.* 2017. 545.

⁸⁸⁵ A. BÉNABENT, *op. cit.*

⁸⁸⁶ A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome V, Livre I, Titre 7 – De la paternité et de la filiation, 1823, p196 s. Également C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, Lahure, 1881, p641. pour qui l'interdiction se justifie car, écrit-il, « *fallait-il entretenir et perpétuer ainsi le souvenir d'un crime, que la loi voudrait au contraire effacer par l'oubli ?* »

⁸⁸⁷ J-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Thèse, Paris, 1991, p26 s.

⁸⁸⁸ C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité ...*, *op. cit.*

⁸⁸⁹ F. LAURENT, *op. cit.*, p219 s.

⁸⁹⁰ J. HAUSER & Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Liberté, égalité, familles », *LPA*, 2004, n°92, p82.

⁸⁹¹ F. LAURENT, *op. cit.*

⁸⁹² V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Tome II, 7^{ème} édition, Delamotte & fils, 1873, p53 s.

⁸⁹³ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, p458 s.

⁸⁹⁴ C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français : étude critique*, Thèse, PUAM, 2009, p113 s.

⁸⁹⁵ A. BATEUR, « L'interdit... », préc, qui écrit également que « *Cette inégalité de traitement ne choque quasiment personne.* »

⁸⁹⁶ J. GUESTIN (dir.), *op. cit.*

Duveyrer lors des travaux de préparation du Code civil⁸⁹⁷. En 1946, Houin écrivait un article passé plutôt inaperçu à la Semaine Juridique, dans lequel il proposait de « *mettre un terme à la situation odieuse dans laquelle ces enfants sont maintenus par une législation artificielle qui ne se justifie ni par la tradition historique ni par les mœurs* »⁸⁹⁸. En 1967, Nerson s'indignait : « *Ne refusons donc pas amour et justice à ces enfants qui vivent sous le même ciel que nous* »⁸⁹⁹. En 1976, dans un article qui a fini par se faire connaître, Breton se levait contre l'interdiction opposée à un enfant incestueux d'établir sa double filiation⁹⁰⁰. Trente ans plus tard, en 2007, le Professeur Guevel s'étonnait que rien n'ait évolué⁹⁰¹. Nous voilà dix années après, en 2017, et rien n'a encore changé.

L'atonie patente du législateur peut-elle s'expliquer par le fait que les effets de la prohibition sont infimes ? Rien n'est moins sûr. L'enfant incestueux subit de lourds préjudices patrimoniaux⁹⁰² et extrapatrimoniaux⁹⁰³ du fait de l'article 310-2 Cc. Sur le plan *patrimonial*, tout d'abord, l'enfant issu d'un inceste, ne pouvant être rattaché qu'à une seule de ses deux branches parentales, ne peut recevoir d'aliments lorsque l'action à fins de subsides est impossible (si l'enfant est rattaché en premier lieu à son père) ou a échoué (la preuve des relations qui conditionne la réussite de l'action n'a pas pu être rapportée)⁹⁰⁴. L'action à fins de subsides est d'ailleurs constitutive et non déclarative, ce qui fait obstacle à tout effet rétroactif au profit de l'enfant⁹⁰⁵. Rejeté dans une famille unilinéaire, l'enfant incestueux ne peut dès lors pas non plus réclamer d'aliments aux grands-parents de la branche maudite⁹⁰⁶. Enfin, évidemment, l'enfant incestueux n'est pas appelé à la succession de son parent de fait, ou, en tout cas pas avec les mêmes droits⁹⁰⁷ (si par exemple son père est aussi son grand-père ou son oncle) : il ne bénéficiera ni de réserve héréditaire ni des avantages fiscaux propres à la parenté en ligne directe au premier

⁸⁹⁷ A. FENET, *op. cit.*, p231 s.

⁸⁹⁸ R. HOUIN, préc.

⁸⁹⁹ R. NERSON, préc.

⁹⁰⁰ A. BRETON, « L'enfant incestueux », in *Etudes Marc Ancel*, 1976, p309 s.

⁹⁰¹ D. GUEVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse », in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s.

⁹⁰² F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p352 s. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Les liens du sang (filiation et vérité biologique) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015 parle même d'« *injustice patrimoniale* ».

⁹⁰³ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome V, Livre I, Titre 7 – De la paternité et de la filiation, 1823. Plus récemment, et faisant un parallèle avec l'enfant issu d'une PMA : A. MIRKOVIC, « Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015.

⁹⁰⁴ C. AUBRY & C. RAU, *Droit civil français*, 6^{ème} édition, *op. cit.*, p287 s. qui considèrent que cette solution est injuste en ce qu'elle permet à l'un des parents de ce soustraire à l'obligation naturelle qu'il a à l'égard de son enfant.

⁹⁰⁵ B. RENAUD, « Anonymat, un mal nécessaire », JCP N, n°21, p919.

⁹⁰⁶ C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Tome I, Lahure, 1880, p14 s. et D. GUEVEL, « La famille... », préc., qui remarque avec justesse que les joies de l'inceste peuvent néanmoins conjurer le sort, notamment si le grand-père de l'enfant est aussi son père et qu'il a été condamné à ce titre à lui verser des subsides !

⁹⁰⁷ M. DOURIS, *L'enfant à particularités*, Thèse, Lyon III, 2006, n°492 s. Notons qu'à l'origine, en vertu de l'article 768 du Code de 1804, les biens revenaient à l'Etat : C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, Lahure, 1881, p598 s.

degré⁹⁰⁸. De même, l'enfant incestueux pourra ne pas hériter au même moment (si son père est aussi son grand-père, il n'hériterait qu'aux décès de la génération intermédiaire)⁹⁰⁹. Au demeurant, envisager de sanctionner différemment l'inceste en autorisant l'établissement de la deuxième filiation mais en la limitant à un versant financier⁹¹⁰, c'est oublier que la succession et les aliments n'ont pas qu'une fonction financière. En effet, comme le relève Jean Carbonnier : « *l'héritage est une affaire d'argent, mais pas uniquement : c'est aussi un symbole, l'entrée dans le cercle de la famille* »⁹¹¹.

Aussi, l'enfant incestueux se trouve préjudicié sur le plan *extrapatrimonial*. La jurisprudence a d'ailleurs pu reconnaître à plusieurs reprises⁹¹² que le fait pour un enfant de ne pas pouvoir établir sa double filiation lui causait un préjudice moral intrinsèque et constituait une véritable « *atteinte à la personne* »⁹¹³. Dans ces affaires, le préjudice était imputé à l'auteur des jours de l'enfant. Pourtant, certains auteurs ont pu à juste titre relever que le préjudice résultait de la loi et non de la procréation de l'enfant. Pour Jean Hauser, l'argument est erroné : la faute consisterait dans le fait d'avoir placé l'enfant dans les conditions d'application du texte⁹¹⁴. Le contre-argument nous paraît stratosphérique ...et montre surtout à quel point la Doctrine n'assume pas l'idée que l'article 310-2 Cc nuit effectivement à l'enfant⁹¹⁵.

Au-delà du préjudice moral lié directement à l'impossibilité d'établir sa filiation, l'enfant incestueux subit toutes les conséquences découlant de celle-ci. Outre le fait que l'enfant pourrait être séparé de ses frères et sœurs si ceux-ci ne sont pas rattachés au même parent, l'enfant incestueux ne peut bénéficier de l'aile protectrice, - l'autorité parentale- de son père ou sa mère de fait, qui leur incombe normalement. Pas de résidence habituelle ou de droit de visite si les parents sont séparés⁹¹⁶, pas d'accompagnement dans les choix éducatifs, pas de nécessité d'avoir l'accord du parent en cas d'adoption ...voilà autant de privations infligées par le droit à l'enfant issu d'un inceste.

Pourtant, l'autorité parentale a été pensée pour l'enfant et pour le parent, non pour la société⁹¹⁷. Elle est fondée sur la double idée que l'enfant a un besoin naturel de protection⁹¹⁸ et

⁹⁰⁸ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, n°198 s.

⁹⁰⁹ *Ibidem*.

⁹¹⁰ R. HOUIN, préc., qui propose la création d'un « *lien alimentaire* » spécifique.

⁹¹¹ Cité par F. SUDRE, « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », JCP G n°14, 2000, II. 10286.

⁹¹² TGI, Lille, 06 mai 1996, n° [XTGIL060596X] et Cass. Crim. 23 septembre 2010, 09-84.108, Bull. crim. n° 141.

⁹¹³ TGI, Lille, 06 mai 1996, n° [XTGIL060596X].

⁹¹⁴ J. HAUSER, « Le dommage résultant des circonstances de la conception », RTD. Civ. 1999.64.

⁹¹⁵ Voir au contraire : M. DOURIS, *L'enfant à particularités*, Thèse, Lyon III, 2006, n°11 s, qui écrit que : « *Les conséquences juridiques de l'interdit de la relation incestueuse créent un traumatisme d'identité chez l'enfant* ».

⁹¹⁶ Obs RUBELLI-DEVICHI, JCP 2004, I, 109, n°2

⁹¹⁷ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p403 s. qui indiquent que la Jurisprudence proclame que l'autorité parentale est une fonction dans l'intérêt de l'enfant.

⁹¹⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p154 s.

que les parents ont une propension naturelle à le protéger⁹¹⁹. Or, ces traits se retrouvent évidemment chez la famille incestueuse comme chez toute autre. Partant, l'article 310-2 contrevient à double égard aux fondements de l'autorité parentale : il prive l'enfant d'un besoin naturel et soustrait son parent à un devoir naturel⁹²⁰. Dès lors, nous sommes sérieusement en droit de nous demander si la disposition en cause peut raisonnablement continuer à être maintenue dans l'ordre juridique français.

Plusieurs textes semblent pouvoir être utilisés en réponse à l'inégalité de droit créée par l'article 310-2 Cc. *En premier lieu*, on peut évoquer les dispositions qui protègent le droit à établir sa filiation à proprement parlé ou le droit à une vie familiale, droits qui seraient des droits subjectifs privés⁹²¹. Sur le *plan interne*, on pense à l'article 10 du préambule de 1946. Sur le *plan international*, plus efficaces encore, deux textes répondent à l'appel : l'article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et l'article 8 de la CSDHLF.

Pour sa part, l'article 7-1 CIDE consacre pour tout enfant le droit d'établir sa filiation dans la mesure du possible. La disposition, directement applicable devant les tribunaux français depuis 2006⁹²², implique que les Etats doivent reconnaître juridique des liens familiaux existants⁹²³. En outre, c'est le Comité des droits de l'enfant qui peut être directement interpellé par une communication individuelle si un des droits qui est protégé par la CIDE n'est pas respecté⁹²⁴. Néanmoins cette disposition, qui ne crée d'obligation qu'entre les Etats⁹²⁵, n'est pas des plus opérationnelles⁹²⁶ et deux obstacles viennent entraver la voie juridique qui semblait s'offrir à l'enfant incestueux. La CIDE n'est applicable qu'aux enfants mineurs⁹²⁷. Par ailleurs, elle n'impose pas aux Etats d'établir la filiation⁹²⁸, mais seulement, si l'on s'en tient à sa lettre, à établir la filiation « *dans la mesure du possible* ». À cet égard, le fait que l'article 310-2 Cc rende légalement impossible l'établissement du double lien filial doit-il être considéré comme violant l'article 7-1

⁹¹⁹ A. BATTEUR, « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », LPA, 2010, n°125, p30. pour qui « *un consensus semble implicitement régner en ce domaine : il est normal que les parents biologiques fassent vivre leurs enfants car ainsi le veut la nature humaine* ». Pour une critique de l'appel à la nature humaine, voir cependant *infra*.

⁹²⁰ A. BATTEUR, « L'obligation... », préc., pour qui « *un consensus semble implicitement régner en ce domaine : il est normal que les parents biologiques fassent vivre leurs enfants car ainsi le veut la nature humaine* ». Pour une critique de l'appel à la nature humaine, voir cependant *infra*.

⁹²¹ C. DESNOYER, *op. cit.*, n°126 s. *Contra* : Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p405 s.

⁹²² Cass. Civ. 1^{ère}, 07 avril 2006, n°05-11285, Bull. civ. I, n°195.

⁹²³ Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁹²⁴ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2015, p17 s., qui développe les conditions de recevabilité : l'enfant doit avoir déjà porté plainte devant les juridictions nationales, la communication doit être déposée dans l'année de la fin de la procédure classique, et la demande ne peut pas être anonyme.

⁹²⁵ C. NEIRINCK, « Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.

⁹²⁶ *Ibidem*.

⁹²⁷ D. GUEVEL, « Taire... », préc.

⁹²⁸ C. BRUNETTI-PONS, « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », in *Le don de gamètes*, Bruylant, 2014.

CIDE ou au contraire comme créant une impossibilité qui rende le texte inapplicable ? À ce sujet, les auteurs sont divisés. Pour certain.e.s, l'article 310-2 n'est pas contraire à la CIDE⁹²⁹, pour d'autres il le viole justement puisque la limite « *dans la mesure du possible* » doit être entendue comme une impossibilité de fait, et non de droit, au risque sinon de rendre l'article 7-1 CIDE absurde et de lui retirer toute efficacité⁹³⁰.

De son côté, l'article 8 CSDHLE, qui impose le respect de la vie privée et familiale, couvre, aux dires des juges qui l'ont interprétée, le droit à une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille⁹³¹, i.e. à la *possibilité* d'établir sa filiation⁹³². Pour les Professeurs Malaurie et Aynès, s'il ne s'agit que d'une possibilité, les modalités d'accès ne doivent toutefois pas être fondées sur des critères discriminatoires, comme les circonstances de la naissance⁹³³. Lorsqu'il est fondé sur la protection de la vie familiale, ce droit présuppose toutefois l'existence d'une vie familiale⁹³⁴. Or, aux yeux de la Cour de Strasbourg, on sait que la présence d'un seul parent suffit à caractériser l'existence d'une vie familiale⁹³⁵, et que l'absence de lien juridique entre le géniteur et l'enfant ne fait pas obstacle à cette qualification⁹³⁶. Et quand bien même l'existence d'une vie familiale ne serait pas retenue, l'article 8 pourrait être invoqué sous sa modalité « vie privée » étant entendu que la Cour de cassation a pu être amenée à reconnaître que l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation constituait aussi une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa *vie privée*⁹³⁷.

On peut enfin souligner l'existence de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors-mariage de 1977, -signée mais jamais ratifiée par la France-, qui assure à tout enfant né hors-mariage l'établissement de sa filiation, sans restriction aucune. Pour C. Gris, à défaut d'avoir force contraignante, cette Convention très libérale et égalitaire pourrait influencer la CEDH⁹³⁸.

⁹²⁹ Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p153 s. qui renvoie aux arrêts CEDH, Keegan c/ Irlande, n° 16969/90, 1994 et aussi Cass. Civ. 1^{ère}, 07 avril 2006, n°05-11.285, Bull. civ. I, n°195.

⁹³⁰ F. GRANET-LAMBRECHTS, *Jurisclasser civil*, V° Filiation, n°28 à 45 et C. NEIRINCK, « Le droit... », préc.

⁹³¹ F. DEKEUWER-DÉFOSEZ, « A propos... », préc., pour une suppression de droits parentaux jugée disproportionnée au regard de l'article 8 : CEDH, Johansen c/ Norvège, n°17383/90, 1996.

⁹³² CEDH, Marckx c/ Belgique, n°6833/74, 1979, visé par Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p405 s.

⁹³³ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *ibid.*

⁹³⁴ *Ibidem.*

⁹³⁵ CEDH, Marck, préc. ; CEDH, Gas et Dubois c/ France, n° 25951/07, 2012. ; CEDH, Jonhson c/ Irlande, n° 9697/82, 1986 ; CEDH Kroon c/ Pays-Bas, n° 18535/91, 1994 ; P. BOUCAUD, « L'évolution du concept de vie familiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in P. BOUCAUD (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe*, Bruylant, 2009.

⁹³⁶ En ce sens : CEDH, Kearns c/ France, 2008, n° 35991/04.

⁹³⁷ Cass Civ. 1^{ère}, 05 octobre 2016, n°15-25.507, publié au bulletin. On ignore toutefois s'il s'agit là d'une imprécision de rédaction ou d'une véritable position juridique de la part de la Haute Cour.

⁹³⁸ C. GRIS, *op. cit.*, p5 s.

Ceci étant, la force de ce droit à établir sa filiation a pu ressortir de la jurisprudence en matière de filiation adultérine dans le cadre de contentieux de droit international privé⁹³⁹. Dès lors que le droit français reconnut la filiation adultérine, la jurisprudence considéra que toute législation étrangère refusant de reconnaître la filiation entre un enfant adultérin et ses parents contrevenait à l'ordre public français en matière internationale⁹⁴⁰. Aussi, la filiation incestueuse pourrait suivre la même voie, d'autant plus que les filiations incestueuses consacrées par des législations étrangères sont *a contrario* parfaitement réceptionnées dans l'ordre juridique français⁹⁴¹.

Somme toute, ces textes ne consacrent jamais qu'un droit à établir sa filiation...et non à établir sa double filiation. C'est sans doute sur cette sophistique idée que s'est fondée la mystérieuse décision du 23 mai 2012⁹⁴² par laquelle la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC⁹⁴³ qui soulevait la non-conformité de l'article 310-2 Cc au droit à une vie familiale normale protégé par l'article 10 du préambule de 1946⁹⁴⁴ au prétexte que la question ne présentait pas de caractère sérieux⁹⁴⁵.

En *deuxième lieu*, on pense aux dispositions condamnant toute forme de discrimination. Deux dispositions sont susceptibles de nous intéresser : l'article 14 de la CSDHFL et l'article 225-1 du Code pénal.

L'article 14 CSDHFL peut se combiner à l'article 8 précité pour remédier à un défaut d'efficacité solitaire étant entendu que ledit article 8 peut apparaître insuffisant pour consacrer le droit d'établir sa filiation comme un droit dont l'Etat serait redevable. Notamment parce que hériter n'est pas un droit de l'Homme⁹⁴⁶, il faut nécessairement qu'il y ait un traitement inégalitaire créant une discrimination pour que l'on puisse aller devant la CEDH⁹⁴⁷. C'est exactement ce qui s'était passé dans l'arrêt Marckx de 1979 pour l'enfant naturel simple⁹⁴⁸. De manière plus originale, la CEDH a également aussi pu combiner l'article 14 avec l'article 1 du Protocole n°1 de la CSDHFL afin de sanctionner la différence de traitement que subissait

⁹³⁹ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*

⁹⁴⁰ A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°851 s. renvoyant à Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 1987, Gaz. Pal. 1988.321, note Massip.

⁹⁴¹ Contrairement à d'autres législations pas moins polémiques, telles que celles qui autorisent le mariage polygame.

⁹⁴² A. BATTEUR, « Refus de transmission d'une QPC sur l'interdiction d'établissement de la filiation incestueuse », LPA, 2012, n°7.

⁹⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, n°12-40.021, Inédit

⁹⁴⁴ La question posée était la suivante : « *L'interdiction d'un double lien de filiation lorsqu'il existe entre le père et la mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévu par l'article 310-2 du code civil, alors même qu'ils n'ont pas de lien de sang, n'est elle pas une atteinte au droit à une vie familiale normale au regard de l'article 10 du préambule de 1946 ?* ». A ce sujet, voir : Ph. BONFILS & A. GOUTTENNOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2014, p153 s.

⁹⁴⁵ Le motif complet est le suivant : « *la question posée ne présente pas de caractère sérieux, dès lors qu'elle suppose une situation que contredit la reconnaissance établissant la filiation de la mère de l'enfant* ».

⁹⁴⁶ S. HOCQUET-BERG, « La condition de l'enfant naturel après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme », LPA, n°93, p11.

⁹⁴⁷ *Ibidem*.

⁹⁴⁸ CEDH, Marckx c/ Belgique, n° 6833/74, 1979.

l'enfant adultérin. Dans son célèbre arrêt Mazurek de 2000⁹⁴⁹, qui a d'ailleurs poussé le législateur français à modifier son droit⁹⁵⁰, la CEDH s'est ainsi basée sur la différence de vocation successorale que la loi créait entre les enfants en fonction de leur naissance pour réprimander la France⁹⁵¹. Notons au passage que dans cette décision, la CEDH avait refusé d'examiner la violation de l'article 8 pour se consacrer à l'étude de la conformité du droit français au protocole n°1 précité. Certains y ont vu une acceptation implicite d'une violation à l'article 8 combiné à l'article 14⁹⁵². C'est d'ailleurs sur le fondement des articles 8 et 14 que la CEDH sanctionna la différence de traitement relative à la vocation successorale de l'enfant adultérin⁹⁵³ dans un arrêt Bourimi de la même année⁹⁵⁴.

L'article 225-1 du Code pénal quant à lui ne prévoit aucune incrimination mais pose une définition générique de la discrimination. Il dispose à cet effet que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement (...) de leur situation de famille (...) de leurs caractéristiques génétiques (...) de leurs mœurs* ». Aussi, certains lui accordent une valeur normative autonome⁹⁵⁵ qui mettrait en défaut l'article 310-2 Cc⁹⁵⁶. Nonobstant, une telle interprétation ne peut convaincre, étant entendu qu'il ne lui est pas supérieur dans la hiérarchie des normes.

La question de la conventionnalité de l'article 310-2 du Code civil n'a jamais été soulevée devant la CEDH⁹⁵⁷. Pourtant, plusieurs éléments indiquent qu'une évolution du Droit pourrait venir de Strasbourg. Pour s'en assurer, il convient tout d'abord de distinguer selon que l'on se place du point de vue d'une obligation négative ou d'une obligation positive.

Si l'on considère qu'il pèse sur l'Etat une obligation négative, alors il faut vérifier que l'atteinte est prévue par la Loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique.

a) L'atteinte repose bien sur une base légale, à savoir l'article 310-2 Cc. Mais cette base légale revêt-elle les qualités attendues par le droit européen ? La disposition est accessible et claire. Mais son application est-elle prévisible ? Ainsi qu'on l'a vu précédemment, l'article 310-2 Cc ne permet pas de répondre à certaines situations telles que celle d'une simultanéité de

⁹⁴⁹ CEDH, Mazurek c/ France, n° 34406/97, 2000.

⁹⁵⁰ M. BOUVIER, « L'égalité des filiations », Gaz. Pal. 2002, n°276, p4. qui qualifie l'arrêt Mazurek d'« *étincelle* ».

⁹⁵¹ Le choix du fondement a pu étonner certains auteurs, à l'instar des Professeurs Terré et Fenouillet, qui relevèrent que la vocation successorale n'est pas un « bien » et n'est donc pas couverte en tant que telle par le Protocole 1 de la CSDHLF.

⁹⁵² F. SUDRE, « L'incompatibilité... », préc.

⁹⁵³ J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'indifférence des juridictions de l'ordre judiciaire aux leçons de l'arrêt *Marokex* », RTD civ. 1999. 497. qui s'insurge contre l'utilisation de l'article 8, soit donc de la protection de la vie privée et familiale, pour traiter de la vocation successorale, qui y est complètement étrangère.

⁹⁵⁴ CEDH, Camp et Bourimi c/ Pays Bas, n° 28369/95, 2000.

⁹⁵⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p18 s.

⁹⁵⁶ C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe & Droit*, LGDJ, 2014, p53 s.

⁹⁵⁷ S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination », Dr. Fam. Juin 2010, Etude 16. ; Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p153 s.

reconnaitances prénatales, ce qui permet de douter de la conformité de la qualité de la loi, et par là-même de la licéité de l'atteinte du droit français.

b) Quant à la question de l'objectif poursuivi par l'atteinte, plusieurs « buts légitimes » semblent pouvoir être invoqués⁹⁵⁸: la protection de l'enfant⁹⁵⁹, la protection de la famille⁹⁶⁰, ou encore la protection de la santé ou la préservation de la morale⁹⁶¹, et à travers elle, la protection de la société. Dans le cadre de l'article 8 dont s'agit, seules certaines limites sont recevables par le droit européen. Exit donc l'objectif de protection de la famille, qui ne correspond à aucun but légitime listé par l'article 8§2 CSDHLF. Exit aussi l'objectif de protection de l'enfant, qui ne peut pas être rattaché à l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui, l'enfant n'étant aucunement un « tiers » à l'atteinte. Au demeurant, il n'est en rien évident que l'article 310-2 Cc protège effectivement l'enfant⁹⁶² et face à la CEDH, c'est l'intérêt *in concreto* de l'enfant qui serait apprécié, et non, comme le fait le législateur par le truchement de l'article 310-2 Cc, son intérêt *in abstracto*⁹⁶³. S'agissant de la *protection de la santé*, l'argument semble délicat. D'une part, il ne peut couvrir les interdits où aucun risque consanguin n'est accru : filiation adoptive, PMA avec tiers donneur. D'autre part, il semble difficile à rattacher d'un point de vue causal à la Santé : l'interdiction d'établir une double filiation ne permet pas de diminuer le nombre de naissance d'enfants incestueux, -en tout cas cela n'est pas prouvé-, ni de diminuer les maladies pour ceux déjà là. S'agissant de la *protection de la morale* enfin, ici comme en matière de liberté de mariage, aucune solution ne pourrait être prédite avec certitude, et toute issue paraît envisageable. En définitive, la caractérisation d'un but légitime n'est donc pas si évidente que certains auteurs semblent le penser⁹⁶⁴.

c) À considérer que l'atteinte poursuive bien un but légitime, est-elle nécessaire dans une société démocratique, est-elle proportionnée au(x) but(s) visé(s) ? C'est moins certain. En effet, la CEDH accorde une place de plus en plus importante au vécu affectif dans les relations familiales⁹⁶⁵, faisant du lien voulu un élément moteur de la notion de famille⁹⁶⁶. À cet égard, Françoise Dekeuwer-Défossez écrivait qu'« *il est établi que l'intérêt de l'enfant n'est pas d'avoir une*

⁹⁵⁸ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p352 s.

⁹⁵⁹ Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁹⁶⁰ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*

⁹⁶¹ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p334 s.

⁹⁶² Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁹⁶³ Pourtant, selon Yves Lequette, la loi de 1972, en affirmant l'égalité des filiations, a opté pour une perception individualiste : « *autrement dit, l'intérêt concrètement entendu des enfants naturels l'emportait sur l'intérêt abstraitement considéré de la société* ». (Y. Lequette, « Observations sur le "nominalisme législatif" en matière de filiation », *Mélange Viney*, LGDJ-Lextenso, 2009, p651 s., cité par E. FRAGU, *op. cit.*, p157 s.) Mais cette loi oublie l'enfant incestueux, dont l'intérêt est toujours apprécié *in abstracto*... ! Voir aussi : C. GRIS, *op. cit.*, p5 s.

⁹⁶⁴ F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », RTD eur. 1997. 653. ; F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*

⁹⁶⁵ C. GRIS, *op. cit.*

⁹⁶⁶ A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°810 s.

filiation juridique ne correspondant ni au lien biologique, ni aux liens affectifs »⁹⁶⁷. Depuis les arrêts Labassée et Menesson⁹⁶⁸, une relation vécue, voulue et correspondant à la réalité biologique semble pouvoir primer toutes les règles au nom de l'intérêt de l'enfant⁹⁶⁹, même celles protégeant l'ordre public⁹⁷⁰. Dès lors, tout porte à croire que la filiation incestueuse, si elle est revêt les mêmes caractères, ne peut plus être rejetée dans le non-droit par l'Etat⁹⁷¹. Ceci étant, l'exigence de « nécessité » impose aux Etats de choisir la solution la moins attentatoire qui permette de répondre au but légitime visé⁹⁷². Or, priver un.e enfant de sa filiation biologique ne paraît pas être ni le seul ni le mieux adapté des moyens pour protéger une quelconque morale ou conception de la famille. En ce sens, plusieurs auteurs proposent que l'on sanctionne l'inceste autrement qu'en privant l'enfant qui en est issu de sa double filiation⁹⁷³. À propos de ce bilan coût-avantage, la Doctrine considère qu'« *il n'en subsiste plus que des inconvénients pour l'enfant et un profit bien hypothétique pour la société qui, en tout état de cause, est bien obligée d'ouvrir les yeux sur cette triste réalité* »⁹⁷⁴. La compensation qu'apporte l'action à fins de subsides⁹⁷⁵ paraît au demeurant insuffisante : elle ne couvre pas le cas de l'enfant incestueux rattaché à son père et ne compense que l'aspect financier du lien filial. Enfin, plusieurs pays européens acceptent qu'une double filiation incestueuse, même en cas d'inceste absolu, soit établie⁹⁷⁶, permettant ainsi à la CEDH d'identifier une « tendance » européenne de nature à caractériser l'existence d'un consensus européen défavorable à la législation française. Comme le résume bien le Professeur Fulchiron, « *la réponse à la question supposerait que soient examinés les fondements de l'inceste dans les sociétés contemporaines* »⁹⁷⁷.

Si l'on considère qu'il pèse sur l'Etat une obligation négative, la question se jouera alors uniquement sur la question de la proportionnalité de l'atteinte, ce qui laisserait donc présager une possible condamnation du droit français, eu égard aux arguments évoqués plus avant.

Pour Jérémy Houssier, l'éviction de l'article 310-2 Cc, ne serait finalement qu'une « *question de temps* »⁹⁷⁸.

⁹⁶⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions... », préc.

⁹⁶⁸ CEDH, Labassée c/ France, n° 65192/11 et Menesson c/ France, n° 65941/11, 2014

⁹⁶⁹ J. RUBBELIN-DEVICHI & J. CARBONNIER, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », JCP G 1994. doctr 3739.

⁹⁷⁰ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p17 s. ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », AJDA 2014, 1763.

⁹⁷¹ C. GRIS, *op. cit.* et J. HOUSIER, « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », AJ Fam. 2017. 545.

⁹⁷² F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme. De quoi est-il question ? », JCP G 2017. 289.

⁹⁷³ R. HOUIN, préc.. ; S. PERRIN, préc.

⁹⁷⁴ J. HAUSER, « Ordre public... », préc.

⁹⁷⁵ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p334 s.

⁹⁷⁶ Cf intro.

⁹⁷⁷ H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », Dr. fam. 2017, n°11, comm 224.

⁹⁷⁸ J. HOUSIER, « Nouveau fait d'armes... », préc. *Contra*, considérant que la CEDH pourrait juger conventionnelle l'article 310-2 Cc car étant redevenue attentive aux valeurs sociales des nations, notamment en matière d'inceste comme en témoignerait l'arrêt Stübing : H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », Dr. fam. 2017, n°11, comm 224.

Enfin, la combinaison du droit à établir sa filiation avec le principe de non-discrimination pourrait donner une raison de plus à la CEDH de sanctionner la France. L'idée que le traitement de l'enfant incestueux « *se justifie par sa situation différente* »⁹⁷⁹ semble mise en péril par le glissement juridique que la CEDH effectue en faveur d'une égalité arithmétique, -et non plus géométrique- en droit de la famille⁹⁸⁰. L'arrêt Odièvre de 2003, par lequel la CEDH a jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée aux articles 8 et 14 pour les enfants nés sous X est souvent cité pour démontrer qu'une action sur les mêmes fondements pour l'enfant incestueux n'aboutirait pas⁹⁸¹. L'analogie ne nous paraît cependant pas pertinente : l'arrêt Odièvre traitait d'une demande relative au droit à connaître ses origines et non d'un droit à établir sa filiation. De plus, la CEDH s'est fondée sur le pan « vie privée » et non « vie familiale » pour refuser de caractériser une atteinte à l'article 8 CSDHLF⁹⁸². Plus encore, le litige opposait deux intérêts privés l'un à l'autre : celui de l'enfant à connaître ses origines d'une part, celui de la mère à garder l'anonymat, d'autre part. Dans le cas de l'enfant incestueux, c'est plutôt un intérêt public, -celui qu'a la société de préserver sa "morale"- qu'on oppose à un intérêt privé, -celui de l'enfant-. Or l'on sait que désormais l'intérêt supérieur de l'enfant tend à primer les règles protégeant un intérêt général...d'où il s'ensuit que la comparaison ne nous permet pas d'écarter une possible condamnation sur le fondement des articles 8 et 14.

Le seul obstacle qui demeure est celui qui tient à la rigueur de la CEDH en matière familiale : celle-ci peut modérer son appréciation dès lors que la question relève du domaine moral, -c'est le cas ici-, laissant ainsi une marge de manœuvre plus grande à l'Etat⁹⁸³. Nonobstant cette infime nuance, tout donne à croire que si un litige portait l'article 310-2 du Code civil devant la CEDH, la France pourrait bel et bien être condamnée⁹⁸⁴ sur le terrain de la discrimination⁹⁸⁵ et au regard de l'exigence de proportion⁹⁸⁶. Les suites de l'arrêt du 8 juin 2017 nous donneront peut-être l'occasion de le voir.

⁹⁷⁹ J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, p456 s. Voir aussi : N. MUSTAPHA, « Jérôme Wilgaux, Enric Porqueres i Gené (et al.), Les incertitudes de l'inceste. Autour de l'anthropologie symbolique de Françoise Héritier. Paris, Revue Incidence 9, coll. « Textes de références », 2013, 304 p. », *Archives de sciences sociales des religions*, 4/2014 (n° 168), p313 s. pour qui « Ne pas reconnaître cette double filiation n'est pas une mesure discriminatoire ».

⁹⁸⁰ Ph. JESTAZ, « L'égalité... », préc.

⁹⁸¹ T. GARÉ, « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », *RJPF*, 2004, n°3. ; S. PERRIN, préc. ; D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose ; *RJPF* 2004-3, p. 34, note Th. Garé. ;

⁹⁸² S. PERRIN, *ibid.*

⁹⁸³ Ph. BONFILS & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p153 s. Aussi : P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *APD* n°57, 2014.

⁹⁸⁴ F. GRANET, « Légalité de l'adoption intrafamiliale incestueuse », *D.* 2002. 2020.

⁹⁸⁵ F. EUDIER, *op. cit.*, n°463.

⁹⁸⁶ S. PERRIN, préc.

S'agissant de l'**égalité des sexes** d'autre part. À cet égard, on dénombre deux inégalités découlant de la prohibition de la double filiation incestueuse : une inégalité de fait entre les parents quant à la possibilité d'établir leur filiation et une inégalité juridique à se voir réclamer des subsides.

Concernant l'inégalité de fait opposant les parents dans l'établissement de la filiation tout d'abord. Comme nous l'avons déjà vu précédemment, en vertu du principe chronologique le premier parent qui établit sa filiation avec l'enfant incestueux a gagné. Dans la plupart des cas, la mère voit sa filiation établie grâce à l'inscription de son nom dans l'acte de naissance, tandis que le père, qui vient généralement reconnaître l'enfant après, se voit refouler sa paternité⁹⁸⁷. Cependant, ainsi que nous l'avons envisagé ci-avant, mère et père peuvent effectuer une reconnaissance prénatale. Dans cette perspective, c'est à celui qui effectuera la reconnaissance prénatale le plus tôt⁹⁸⁸. Or, dans cette course à la montre⁹⁸⁹, il est évident que les dés sont pipés, « la mère bénéficiant d'un avantage grâce à la souscription d'une reconnaissance prénatale avant l'annonce de sa grossesse au futur père »⁹⁹⁰ : celle-ci peut systématiquement « prendre de vitesse » le père⁹⁹¹. La pratique semble confirmer la théorie : lorsqu'il y a une reconnaissance isolée, elle viendrait généralement de la mère⁹⁹². Du fait des conséquences qu'elle pouvait avoir sur la dévolution du nom, cette inégalité avait créé l'indignation⁹⁹³ et avait été à l'origine d'une jurisprudence plutôt originale où les plaideurs se disputaient sur des minutes⁹⁹⁴. *A fortiori* donc, si cette inégalité conditionne l'établissement de la filiation, qui constitue un élément d'une importance bien plus grande que la simple transmission du nom, elle devrait faire des vagues. Et pourtant, il n'en est rien. Ici comme ailleurs, dès qu'il s'agit d'inceste, l'indifférence est de mise.

Les préjudices sont pourtant bien réels pour le parent évincé. Sur le plan *patrimonial*, le parenté ignoré du droit ne peut *a priori*⁹⁹⁵ pas bénéficier des articles 205 et 207 du Code civil qui lui assure un secours de la part de son enfant en cas de détresse financière⁹⁹⁶. Sur le plan *extrapatrimonial*, le père ne pourra pas exercer son autorité parentale, notamment dans son volet

⁹⁸⁷ Mémento pratique, *Droit de la famille*, Editions Lefebvre, 2014, n°27310

⁹⁸⁸ CA, Paris, 13 novembre 1990, RG n°89/12266, D.1991. IR.8

⁹⁸⁹ CA, Nîmes, 06 février 2002, RG n°01/248, Dr. Fam. 2002, Com. 82, obs Murat qui relève qu'« il y aura ceux, qui, dans la course, auront été devancés » et JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

⁹⁹⁰ F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les reconnaissances... », préc., à propos de la dévolution du nom de famille. ; Egalement : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », D. 1986, *Chron.* p305 s.

⁹⁹¹ A-M. LEROYER, *op. cit.*, p183 s. ; P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°115 s. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit... », préc.

⁹⁹² P. MURAT (dir.), *op. cit.*, n°211 s.

⁹⁹³ P. MURAT (dir.), *op. cit.* Aussi : TGI Lille, 03 février 1987, JCP 1990. II. 21447, note Labbé.

⁹⁹⁴ Par exemple : CA, Nîmes, 06 février 2002, RG n°01/248, Dr. Fam. 2002, Com. 82, obs Murat.

⁹⁹⁵ Sauf son père est aussi son grand-père maternel (en ce sens : X. LABBÉE, « L'enfant incestueux, enfant handicapé », D. 1997. 543). Et aussi si l'on considère, comme envisagé ci-avant, que les tribunaux doivent entériner cette obligation naturelle malgré l'absence de lien juridique.

⁹⁹⁶ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, *op. cit.*, p216 s.

éducatif⁹⁹⁷ (choix de l'école, orientation religieuse etc.) et, plus grave, ne pourra pas consentir à l'adoption de son enfant⁹⁹⁸.

Alors, certes, certains palliatifs peuvent être envisagés au profit du parent non-reconnu juridiquement. On pense à la délégation, -partielle ou totale- de l'autorité parentale prévue par l'article 377 du code civil⁹⁹⁹, qui est ouverte pour les couples stables en cas de circonstances particulières, ce qui couvre les cas d'absence de filiation paternelle¹⁰⁰⁰. La technique permet de remédier au prédécès du parent à l'égard duquel seul la filiation a été établie en permettant au délégataire de saisir le juge aux affaires familiales pour se voir confier l'autorité parentale¹⁰⁰¹. On pense aussi ainsi à la fixation judiciaire des modalités des relations avec un tiers prévue par l'article 371-4 du même Code. On pense enfin à la fixation judiciaire d'un droit de visite pour le parent de fait écarté de ses prétentions juridiques à l'établissement juridique de sa parenté ouverte par l'article 311-13 dudit Code.

Malheureusement, ces palliatifs demeurent insuffisants. Et pour cause : il ne s'agit pas là de droits, mais de simples possibilités offertes par le législateur, dont la mise en œuvre et le maintien restent soumis à la libre appréciation du juge auprès duquel les demandes sont formulées¹⁰⁰². En matière de délégation d'autorité parentale pour les couples homosexuels, les magistrats avaient d'ailleurs prouvé leur toute-puissance sur cette appréciation, balançant entre souplesse¹⁰⁰³ et rigidité¹⁰⁰⁴. Notons cependant que le Défenseur des droits a émis une décision¹⁰⁰⁵ incitant les juges à accorder ce genre de délégation aux parents apparentés¹⁰⁰⁶. En tout état de cause, ces outils juridiques ne permettent que de gérer la vie quotidienne et n'offrent au parenté lésé ni une vocation successorale, ni un secours de son vivant, ni un quelconque pouvoir décisionnel quant à l'adoption de son enfant.

Concernant l'inégalité de droit opposant les parents quant à leur possibilité de se voir réclamer des subsides ensuite. On rappelle qu'en vertu de l'article 342 du Code civil, « *tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception* ». Il s'agit là à l'évidence d'une règle sexo-différenciée qui n'envisage que l'hypothèse de l'enfant incestueux rattaché à sa mère¹⁰⁰⁷. Aussi, seuls les

⁹⁹⁷ Article 371-1 Code civil

⁹⁹⁸ Article 348 Code civil.

⁹⁹⁹ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

¹⁰⁰⁰ P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p506 s.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰⁰² La délégation de l'autorité parentale peut ainsi être révoquée par simple jugement. Voir : P. COURBE & A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, 2013, p506 s.

¹⁰⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, Bull. civ. I, n°101.

¹⁰⁰⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 08 juillet 2010, n°09-12.623, Bull. civ. I, n°158.

¹⁰⁰⁵ Décision n°MDE-2012-90 – 24 août 2012

¹⁰⁰⁶ J-L. RONGÉ, « Les filiations diaboliques », *Journal du droit des jeunes* 2013/1 ; n° 321, p43-44.

¹⁰⁰⁷ D. GUEVEL, « La famille... », préc.

hommes peuvent se voir condamnés à verser des subsides¹⁰⁰⁸. Cette inégalité s'explique politiquement : il s'agit là d'une différence de traitement résultant de notre conception genrée de la parenté. A cet effet, les études analysant les rapports entre droit et genre¹⁰⁰⁹ mettent en lumière le fait qu'aux yeux du droit, -reflet de l'imaginaire commun inconscient-, la maternité est plutôt vue comme un lien affectif et indestructible¹⁰¹⁰ là où la paternité est facilement appréhendée comme un simple rapport de subsistance désengagé affectivement¹⁰¹¹. *Volens nolens*, il en résulte une règle de droit inégalitaire au détriment de l'homme, ce qui est rare mais pas inexistant en droit de la famille¹⁰¹².

Aussi, face à cette double inégalité dont pâtit l'homme, le droit français peut-il être amené à évoluer ?

S'agissant de l'inégalité de fait opposant les parents dans l'établissement de la filiation en premier lieu. On sait que l'article 5 de la CIDE protège les droits et devoirs qu'ont les parents envers leurs enfants. Malheureusement, cette disposition n'a pas d'effet direct devant les tribunaux français¹⁰¹³. On sait aussi que l'article 8 de la CSDHLF impose le respect de la vie privée et familiale et qu'à ce titre, la CEDH a pu juger que seul un comportement particulièrement indigne pouvait autoriser un Etat à priver une personne de ses droits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰¹⁴. Deux objections peuvent néanmoins mettre en doute l'utilisation de cette jurisprudence à notre cas :

D'une part, dans notre hypothèse le parent n'est pas juridiquement reconnu comme parent. Néanmoins, comme nous l'avons déjà succinctement évoqué, une simple parenté de fait peut suffire à être protégée par l'article 8¹⁰¹⁵. En ce sens, la notion de vie familiale est plus large que la notion de famille et permet donc de couvrir plus de situations¹⁰¹⁶.

¹⁰⁰⁸ A. BRETON, « L'enfant incestueux », préc. ; F. GRANET-LAMBRECHTS, *Jurisclasser civil*, V° Filiation, n°28 à 45.

¹⁰⁰⁹ Sur cette question, nous renvoyons à la remarquable analyse issue du programme REGINE qui, regroupant plus de 35 membres, a effectué un travail titanesque sur les liens évidents, - mais aussi ceux plus cachés !, qu'entretient le Droit avec le genre : S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Editions, 2014. Voir aussi plus récemment : J. HAUTBERT (dir.), *Le droit à l'épreuve du genre*, Pulim, 2016 et S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *Genre et droit*, Dalloz, 2016

¹⁰¹⁰ P. NICOLEAU, *op. cit.*, p9 s : « *La femme ne provoque de respect que par ses qualités matrimoniales et maternelles* » (sic !).

¹⁰¹¹ A. DIONISI-PEYRUSSE, « Parenté et genre » in Actes de colloque : *Nouvelles réalités, nouveaux besoins, nouvel imaginaire : réflexions autour de la parenté au XXI^e siècle*. (Lyon, 16 février 2017) ; Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p403 s. ; P. NICOLEAU, *op. cit.*, p144 s.

¹⁰¹² I. THÉRY & A-M. LEROYER, *Filiation, origine, parentalité*, Odile Jacob, 2014, p96 s.

¹⁰¹³ CE, 24 août 2011, n°320321.

¹⁰¹⁴ CEDH, Youssef c/ Pays-Bas, n° 33711/96, 2002 et CEDH, Schmidt c/ France, n°35109/02, 2007.

¹⁰¹⁵ CEDH, Marckx... préc.; CEDH, Gas... préc. ; CEDH, Jonhson... préc. ; CEDH Kroon...préc.; Voir aussi : P. BOUCAUD, « L'évolution du concept de vie familiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in P. BOUCAUD (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe*, Bruylant, 2009 et S. PERRIN, préc.

¹⁰¹⁶ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p17 s. Voir aussi : H. FULCHIRON, « De l'illicite peut-il naître un droit ? », JCP G 2017. 323. Qui s'interroge sur la question de savoir si la reconnaissance d'une vie familiale suppose sa licéité.

D'autre part, les décisions concernaient des droits qui étaient retirés, et non des droits qui n'avaient jamais été accordés. Or, il n'existe pas véritablement de droit à établir sa descendance en droit français. Cependant, si les principes de non-discrimination entre enfants imposés par la CIDE et par la CSDHFL n'entraînent aucun droit pour les parents¹⁰¹⁷, certains auteurs suggèrent qu'un refus d'établir son lien de parenté pourrait être sanctionné s'il se fondait sur les circonstances entourant la procréation¹⁰¹⁸. C'est donc combinée à l'article 14 de la CSDHFL qu'une action fondée sur l'article 8 pourrait être portée à la réussite. Néanmoins la discrimination suppose un traitement arbitraire, c'est-à-dire non justifié ou non-proportionné à une différence factuelle. Or, en l'espèce, l'inégalité résulte bien d'une différence naturelle préexistante au droit et indépendante de la volonté du législateur : c'est la femme et non l'homme qui tombe enceinte, - sauf rarissimes cas de transsexuation-, c'est donc la femme et non l'homme qui peut utiliser de manière privilégiée les opportunités du droit. Dans cette perspective, une revendication sur ce terrain semble vouée à l'échec.

S'agissant de l'inégalité de droit opposant les parents quant à leur possibilité de se voir réclamer des subsides ensuite, les ressources juridiques sont plus maigres. Il n'y a en effet ici aucun droit à (ne pas) se voir réclamer de subsides pour l'homme, seulement une différence de traitement qui semble arbitraire. On pense alors à l'article 14 de la CSDHFL pris à lui seul. Or pour Frédéric Sudre, une rupture d'égalité n'est discriminatoire que si elle est conjuguée à un autre droit ou liberté fondamentale¹⁰¹⁹. Partant, bien que les normes supranationales gommant de plus en plus les différences entre les sexes¹⁰²⁰, il appert difficile de savoir si une action à ce sujet aboutirait.

* *

*

En définitive, on comprend que le droit civil de l'inceste constitue le dernier reliquat vacillant d'un droit de transition¹⁰²¹. Là où le droit se fonde aujourd'hui sur une auto-référence sociale, le droit civil de l'inceste est bloqué dans un passé fondé sur la transcendance et l'appel

¹⁰¹⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, « Réflexions... », préc.

¹⁰¹⁸ Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p405 s. qui considèrent qu'une telle disposition « *serait condamnée* » à coup sûr.

¹⁰¹⁹ F. SUDRE, *Droit international européen des droits de l'homme*, PUF, 2^{ème} édition, 1995, n°178.

¹⁰²⁰ J. HAUSER, L'intégration par le législateur français de normes supranationales de droit de la famille, *in Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du Droit de la famille*, Journées d'études LERADP, Lille II, LGDJ, 1994.

¹⁰²¹ Sur cette idée de passage à un droit individualiste et non-paternaliste : M. FABRE-MAGNAN *et alii*, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté de consentement », *Droits*, n°48, 2008, p3 s.

aux valeurs abstraites¹⁰²². Là où le droit de la famille ne jure désormais que par l'individualisme, le minimalisme et l'ordre public de protection¹⁰²³, le droit civil de l'inceste continue à faire prévaloir le groupe sur l'individu¹⁰²⁴, le maximalisme et l'ordre public de direction¹⁰²⁵. Le droit civil de l'inceste est au droit et au droit de la famille ce que l'irrésistible village gaulois d'Uderzo et Goscinny est à la République romaine. Tout pousse à croire que le Droit devrait en venir à bout¹⁰²⁶, - puisque normalement quand on change de paradigme, les règles suivent¹⁰²⁷... mais rien n'y fait : les prohibitions civiles de l'inceste résistent encore et toujours à l'évolution du Droit.

Mais alors, pourquoi la logique juridique ne l'a-t-elle pas encore emporté ? Comment se fait-il que ce droit civil de l'inceste survive malgré sa très inconfortable position obsidionale ? La raison est politique. Un blocage demeure : il existe dans le cœur d'une écrasante majorité de gens la profonde conviction que l'inceste est éminemment immoral. Alors, même si d'un point de vue juridique tout le pousse à modifier la loi, le juriste panique, le juriste résiste. En témoigne la sémantique utilisée par lui lorsqu'il s'agit d'envisager une évolution du droit dans un sens favorable à l'inceste : en proie aux craintes d'une « pente individualiste »¹⁰²⁸, d'un « effet domino »¹⁰²⁹, il s'affole¹⁰³⁰ - « ce jour-là, il sera peut-être trop tard »¹⁰³¹ - , parle de « décadanse »¹⁰³², lance des questions rhétoriques désespérées -« jusqu'où ira-t-on ? »-¹⁰³³. Faisant preuve d'une remarquable partialité et d'une rare malhonnêteté intellectuelle, il titre ses articles avec un ton moqueur : « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation »¹⁰³⁴, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison »¹⁰³⁵, voire se perd dans des pseudo-prophéties chtoniennes en prédisant l'enfer, - pas moins que cela !-, aux couples incestueux...¹⁰³⁶ Parfois

¹⁰²² A propos de cette évolution : J. COMMAILLE, « Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque », Droits, n°19, 1994, p74 s.

¹⁰²³ C. NEIRINCK, préc.

¹⁰²⁴ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, p1 s.

¹⁰²⁵ J. HAUSER, « Ordre public... », préc. et Note D. VIGNEAU, D. 2004. 365. Pour une appréciation plus nuancée voir : JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

¹⁰²⁶ Ph. JESTAZ, « L'égalité... », préc.

¹⁰²⁷ M-A. FRISON-ROCHE, préc.

¹⁰²⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, préc.

¹⁰²⁹ F. CHÉNEDÉ, « Des dangers... », préc.

¹⁰³⁰ C. NEIRINCK, préc.

¹⁰³¹ *Ibidem*.

¹⁰³² J-P. MARGUÉNAUD, « Lemon incest », RTD civ. 2012. 285.

¹⁰³³ E. PUTMAN, « Nathalie GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain* », RTD civ. 2008. 194

¹⁰³⁴ J-R. BINET, « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », Dr. Fam. 2014, n°1, comm. 1. En l'occurrence « maman » n'a pas épousé « papy » avec la bénédiction de la Cour de cassation puisque le mariage avait déjà été célébré et qu'il s'agissait d'apprécier la pertinence *in concreto* d'une annulation vingt ans après.

¹⁰³⁵ A. GOUTTENOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », Dr. Fam. 2005, n°234.

¹⁰³⁶ A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Feu mon ex-beau-père et mari, feu mon mariage », RJPF, 2017, n°2. conclue ainsi son commentaire à propos de l'arrêt du 8 décembre 2016 par une phrase pour le moins remarquable : « De leur vivant, les époux "incestueux" sont laissés libres de toute poursuite, mais une fois morts ils ne reposeront plus en paix. Comprenez qui pourra... ». Comment un commentaire aussi indigne a-t-il pu être publié ? Peut-on imaginer pareille indifférence si l'avanie avait porté, par exemple, sur un couple homosexuel ? En matière d'inceste, l'indécence n'est décidément pas toujours du côté que l'on pense...

conscient de son manque de froideur et du défaut de logique du droit sur ce sujet, il tente de se justifier par un dernier appel à la raison transcendante et au bon sens¹⁰³⁷ : « *logique n'est pas raison* » bougonne-t-il¹⁰³⁸.

L'ensemble de ces attitudes catastrophistes, s'appuyant sur des références à des entités abstraites, constitue ce que Ruwen Ogien appelle la « panique morale »¹⁰³⁹. Parmi les quatre manifestations de ce mouvement de panique qu'Ogien analyse, deux semblent décrire parfaitement notre situation¹⁰⁴⁰ : 1) refus d'aller jusqu'au bout de nos raisonnements dès lors qu'ils nous forceraient à endosser des conclusions opposées à nos préjugés les plus enracinés, 2) tendance à ne pas prendre compte le point de vue de ceux qu'on prétend défendre (en l'occurrence les couples incestueux souhaitant se marier et les enfants issus d'inceste souhaitant établir leur double filiation).

Partant, cette « *tempête d'indignation puritaine* »¹⁰⁴¹ trahit le fond du problème : la vraie question est morale, non juridique¹⁰⁴². Ne prenons pas la fuite : tâchons de nous y confronter. Dès lors la ligne directrice de notre étude prendra une tournure nouvelle. Il s'agira de disséquer cette peur panique et de se demander : y a-t-il vraiment de quoi paniquer ? Ne fait-on pas « beaucoup de bruit pour rien » ? Et plus juridiquement : fort de sa rationalité moderne, à quels arguments moraux le Droit peut-il donner un poids aujourd'hui ? Quitte à passer pour fou au sens de Chesterton¹⁰⁴³, nous n'userons que de notre raison pour évaluer les arguments moraux qui se présentent à nous¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁷ C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, EUB, 1990, p358 s.

¹⁰³⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p339 s.

¹⁰³⁹ R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset & Fasquelle, 2004, p9 s.

¹⁰⁴⁰ R. OGIEN, *La panique...*, *op. cit.* p45 s. Voir aussi : D. SPERANTA. « Liberté de procréation et manipulation génétique. Pour une critique d'Habermas », *Raisons politiques*, n°4, 2003, p31 s. qui écrit que « Ruwen Ogien, à qui j'emprunte l'expression « panique morale » suggère une approche qui favorise les principes généraux d'une éthique minimale : nous devons nous y tenir, même si l'application des principes n'est pas, dans certains cas, à notre goût. »

¹⁰⁴¹ J-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage.. », préc.

¹⁰⁴² Contra : N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, n°198 s. pour qui « *L'inceste n'est pas une question de morale, mais une question de Droit* ».

¹⁰⁴³ « *Le fou est celui qui a tout perdu sauf la raison* ». Cité par M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine... », préc.

¹⁰⁴⁴ Contrairement à ce que soutient A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Une décision incestueuse », *RJPF*, 2014, n°2, une remise en cause de l'inceste peut plus facilement reposer sur une approche rationnelle que sur une « *dérive des sentiments*. »

PARTIE II

L'INCESTE PROHIBÉ PAR LE DROIT CIVIL : UN FONDEMENT MORAL INDISCUTABLE ?

« Une réforme des règles encadrant l'interdit de l'inceste est-elle à craindre ou à souhaiter ? »¹⁰⁴⁵

Nous l'avons vu, la prohibition de l'inceste apparaît être un « *dogme intouchable* »¹⁰⁴⁶. Pourtant, le Droit se revendique aujourd'hui rationnel, ce qui semble en contradiction avec une telle adhésion aveugle. Le fait que le droit emprunte à la morale l'interdit de l'inceste ne le dispense pas de justifications rationnelles. À défaut d'être juridiques, puisque la prohibition de l'inceste n'est pas d'origine juridique, celles-ci devront être morales. En d'autres termes, eu égard au fait d'une part que le droit fonde sa règle sur la morale et d'autre part qu'il tend de fait à être rationnel, le droit ne peut maintenir son adhésion à l'Interdit de l'inceste sans paraître incohérent si aucun argument moral rationnel ne peut le justifier¹⁰⁴⁷.

La philosophie d'Ogien sied parfaitement à l'entreprise, étant entendu qu'une approche rationnelle des justifications morales constitue la posture intellectuelle que celui-ci défend et qu'il met en œuvre au fil de ses travaux. Au surplus, Ogien, pour qui « *le mouvement de rationalisation du droit doit se poursuivre et plus encore s'étendre à la morale* »¹⁰⁴⁸, est friand des sujets qui fâchent, ceux qui sont habituellement imperméables à ce genre d'approche rationnelle : pornographie¹⁰⁴⁹, cannibalisme¹⁰⁵⁰, prostitution¹⁰⁵¹, inceste¹⁰⁵² etc. Partant, il apparaît le guide intellectuel rêvé pour cette analyse éthique.

Pour juger de la moralité d'un fait, Ogien propose un critère simple : l'existence ou non de torts causés directement à autrui. Distinguant d'un côté les théories morales maximalistes (déontologisme et éthique des vertus), de l'autre les théories morales minimalistes (conséquentialismes)¹⁰⁵³, Ogien plaide pour que l'on se limite en morale à une éthique minimale qu'il qualifie lui-même de radicale¹⁰⁵⁴. Selon lui, la morale ne peut ignorer le rapport asymétrique

¹⁰⁴⁵ X. LABBÉE, « Epouser sa sœur », *AJ Famille* 2015. 427.

¹⁰⁴⁶ J.-M. USEO, *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014, p29 s.

¹⁰⁴⁷ Plus largement, voir : R. OGIEN, *La morale a-t-elle un avenir ?*, Editions Plein Feux, 2006, p9 s.

¹⁰⁴⁸ J.-B. LE BOHEC, « Le droit et l'éthique minimale de Ruwen Ogien », 2016 (communication personnelle).

¹⁰⁴⁹ R. OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, 2003.

¹⁰⁵⁰ R. OGIEN, *Mon dîner chez les cannibales (et autres chroniques du monde d'aujourd'hui)*, Grasset, 2016.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*.

¹⁰⁵² R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Grasset & Fasquelle, 2011.

¹⁰⁵³ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007, p11 s. Repris aussi dans : R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Grasset & Fasquelle, 2011, p15 s.

¹⁰⁵⁴ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007, p24.

qu'il y a entre ce que l'on fait à soi et ce que l'on fait aux autres¹⁰⁵⁵. Son éthique suit à cet égard trois principes¹⁰⁵⁶ : neutralité à l'égard des conceptions substantielles du bien (sexuel notamment)¹⁰⁵⁷, intervention limitée de l'Etat aux cas de torts directs causés à autrui et égale considération des voix de chacun¹⁰⁵⁸. L'ensemble de ces trois principes pouvant eux-mêmes se réduire à l'unique principe dit de non-nuisance¹⁰⁵⁹.

D'où il s'ensuit que les offenses faites à des entités abstraites, les torts faits à soi-même et les activités pratiquées entre adultes consentants sont indifférents d'un point de vue moral¹⁰⁶⁰. Ogien rejette ainsi le *moralisme*¹⁰⁶¹, qui condamne moralement, -à tort selon lui-, les « crimes sans victimes »¹⁰⁶², et le *paternalisme*¹⁰⁶³ qui considère moral, - à tort aussi-, le fait de protéger les humains contre leur gré¹⁰⁶⁴. Alors évidemment, Ogien le reconnaît, l'attitude minimaliste n'est pas aisée à tenir, notamment dans le domaine sexuel, l'humain ayant une propension naturelle à la police morale en la matière¹⁰⁶⁵.

Ceci étant, certains voient dans l'éthique minimale un déclin des valeurs morales¹⁰⁶⁶, alors qu'il s'agirait plutôt simplement d'un déclin des valeurs chrétiennes¹⁰⁶⁷. L'éthique minimale peut au contraire d'ailleurs être vue comme une source de progrès et de liberté¹⁰⁶⁸ ; la restriction de la morale au principe de non-nuisance n'étant pas synonyme d'abandon d'un idéal commun¹⁰⁶⁹,

¹⁰⁵⁵ R. OGIEN, *L'éthique...op. cit.*, p25 s et p33s.

¹⁰⁵⁶ Il va ensuite les redéfinir plus précisément comme suit : principe de considération égale de la voix et des revendications de chacun dans la mesure où elles possèdent une valeur impersonnelle, principe d'indifférence morale du rapport à soi-même, principe de non-nuisance (R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007, p153 s).

¹⁰⁵⁷ Par conceptions substantielles on vise les idéologies qui entendent déterminer quelles pratiques sont morales ou non, dans leur manifestation même ; et non simplement à articuler la liberté de chacun. Elles renvoient au contenu de nos actes, et non seulement à leurs coordination avec la vie et les actes d'autrui.

¹⁰⁵⁸ R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset & Fasquelle, 2004, p19 s.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁰ R. OGIEN, *L'éthique...op. cit.*, p19 s et 76 s. ; R. OGIEN, Jusqu'où sommes-nous moralistes ? in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012. ; J-B. LE BOHEC, « Le droit et la morale minimaliste de Ruwen Ogien », 2016 (communication personnelle) ; J-Ph. FELDMAN, « Faut-il protéger l'Homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, n°48, 2008, p87 s.

¹⁰⁶¹ R. OGIEN, *L'éthique...op. cit.*, p122 s. ; J-B. LE BOHEC, « Le droit et la morale minimaliste de Ruwen Ogien », 2016 (communication personnelle) qui le définit comme « la prohibition, au nom de sentiments de désapprobation de la majorité, des relations qui ne causent aucun préjudice à des tiers. »

¹⁰⁶² R. OGIEN, *L'influence...op. cit.*, p104 s.

¹⁰⁶³ R. OGIEN, *L'éthique ...op. cit.*, où Ogien distingue paternalisme fort et paternalisme faible. Voir aussi : J-B. LE BOHEC, préc.

¹⁰⁶⁴ R. OGIEN, *L'éthique ...op. cit.*

¹⁰⁶⁵ R. OGIEN, *L'éthique...op. cit.*, p11 s où il avoue que « la sexualité est un domaine dans lequel le maximalisme moral est profondément enraciné. » Voir aussi : R. OGIEN, *L'influence... op. cit.*, et A. ETCHEGOYEN, *La valse des éthiques*, François Bourin, 1990, p17 s.

¹⁰⁶⁶ C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 6^{ème} édition, 1999, p13 s. ; M. MEKKI, Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011.

¹⁰⁶⁷ O. DESCAMPS, Ancrages historiques, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *op. cit.*

¹⁰⁶⁸ M. MEKKI, préc.

¹⁰⁶⁹ Au contraire, même, du fait de sa pauvreté, l'éthique minimale a bien plus de chance d'endosser une portée universelle (R. OGIEN, *Mon dîner...op. cit.* p87 s.) Voir également : R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *La*

Droit, en général ou dans le cas précis de la question incestueuse, avec les arguments et contre-arguments moraux que nous présenterons.

Titre I : La protection d'entités abstraites : un fondement vulnérable

La panique morale pousse celui qui y cède à faire appel à des entités abstraites comme la famille, la société, la morale¹⁰⁷⁶... Fidèle à cette attitude, le juriste cherche à justifier la prohibition de l'inceste en prétendant que son fait nuirait à diverses entités, certaines en lien direct avec de l'idée de famille (Chapitre 2), d'autres beaucoup moins (Chapitre 1).

Chapitre 1 : Les entités *a priori* déconnectées de l'union incestueuse

L'union incestueuse serait contraire à la Nature (Section 1), et à la Morale (Section 2). L'appel à ces entités est classique en philosophie. Les réponses le seront tout autant.

Section 1 : La Nature

L'inceste serait contre-nature¹⁰⁷⁷. L'affirmation n'est pas à jeter *ab hinc*...mais encore faut-il s'entendre sur la notion de Nature ! Or, on ne connaît pas de tâche plus compliquée que celle de définir le concept de Nature¹⁰⁷⁸. Ce dernier connaît des dizaines de sens différents¹⁰⁷⁹ et recouvre ainsi des choses extrêmement variées. Comme le souligne Alain Accardo, il y a là un véritable « *flou sémantique* »¹⁰⁸⁰ qui permet que soit jugé « naturel » tout et son contraire¹⁰⁸¹...

On peut néanmoins essayer de dégager deux grands sens du mot Nature : la nature comme ensemble de choses qui sont, et la nature comme essence d'une chose¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁶ R. OGIEN, *La panique...op. cit.*, p131.

¹⁰⁷⁷ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tome I, 4^{ème} édition, 1824, p452 s. ; S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 10. ; L. LE CAISNE, « Quand dire, c'est faire taire. Mise en récit médiatique d'une victime d'inceste », *Réseaux*, 2/2016 (n° 196), p. 207-234. ; A. BOURRAT-GUEGUEN, « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur des mineurs dans le Code civil », *Dr. Fam.* 2010, n°6, étude 15. ; F. GIULIANI, « Le fantasme de l'inceste au prisme de l'écriture des pornographes de la Révolution française », *Hypothèses*, 1/2010 (13), p257 s. qui cite elle-même P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, p227

¹⁰⁷⁸ M. VILLEY, *Philosophie du Droit – Tomes I et II*, Dalloz, 2001, p243 s. et B. EDELMAN, « Le concept juridique d'humanité », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.

¹⁰⁷⁹ M. VILLEY, *Philosophie...op. cit.*, qui parle d'acceptions « bigarrées ».

¹⁰⁸⁰ A. ACCARDO, *Introduction à une sociologie critique – Lire Bourdieu*, Agone, 2006, p13 s.

¹⁰⁸¹ J.-B. LE BOHEC, préc.

¹⁰⁸² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} édition, 2010 ; S. AURAU (dir.), *Notions philosophiques*, PUF, 1990. Voir aussi : R. OGIEN, *Le réalisme moral*, PUF, 1999, p3 s.

Si l'on entend « Nature » comme l'**ensemble des choses qui sont**, tout d'abord. Cette acception comporte elle-même deux sous-acceptations. En effet, soit cet ensemble de choses est fortuit et statique¹⁰⁸³, soit il est finalisé, téléologisé¹⁰⁸⁴. Dans le premier cas, on a une approche purement physique de la nature, dans l'autre on se rapproche d'une vision métaphysique de celle-ci.

Dans sa version *physique*, la Nature recouvre alors les lois de la nature comme lois physiques, telles que la loi universelle de la gravitation ou la loi de Snell-Descartes. Ce qui est naturel est donc ce qui peut exister, factuellement, ce qui est ontologiquement possible et ne relève ni de la fiction ni du miracle. Faire du vélo est alors naturel, là où se téléporter ne l'est pas. Or les unions incestueuses existent¹⁰⁸⁵. Ce sont des faits observables, qui ne contreviennent à aucune loi de la nature¹⁰⁸⁶. En réalité, comme le relève d'ailleurs le sociologue S. Moscovici, notre rejet de l'inceste nous fait investir sa prohibition d'une nécessité proche de celle qu'on attribue aux lois de la physique¹⁰⁸⁷...pourtant, évidemment, il n'en est rien. Si l'inceste était contraire aux lois de la nature, il n'y aurait tout simplement pas d'inceste¹⁰⁸⁸ !

Il convient alors plutôt de se pencher sur la version *métaphysique* de la Nature comme ensemble de choses. Dans cette approche, la Nature est un ordre symbolique finalisé, une sorte d'architectonique divine¹⁰⁸⁹ ou de dynamique orientée¹⁰⁹⁰. Dans cette veine, est naturel ce qui est conforme à l'ordre naturel, à son « esprit »¹⁰⁹¹. Le souci d'une telle définition de la nature est qu'elle est difficile à saisir, - qu'est-ce qui est respectueux de cet ordre ? qui est en mesure de dire ce qui est conforme ou non ?- et qu'elle procède tout bonnement d'une vision de croyant. Elle porte en elle le corollaire, parfois dangereux, de choses qui seraient perçues comme « contre-nature »¹⁰⁹² attirant les foudres des tenants. À cet égard, elle peut vite être instrumentalisée : on peut ainsi trouver « contre-nature » la PMA car elle « forcerait » la nature... mais ne pas en dire autant de la réanimation des nouveaux-nés. En bref, l'argument est souvent utilisé de façon ambivalente et qu'il fait parfois plus « exprimer des préjugés sociaux »¹⁰⁹³ que rendre compte d'une véritable réflexion cohérente. Une telle conception de la nature peut parfaitement justifier le rejet

¹⁰⁸³ M. MARZANO, *L'éthique...op. cit.*, p60 s.

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p194 s.

¹⁰⁸⁶ B. CYRULNIK, Le sentiment incestueux, in F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000, p7 s.

¹⁰⁸⁷ S. MOSCOVICI, *La société contre-nature*, Editions du Seuil, 1994, p241 s.

¹⁰⁸⁸ L. ROY, « Jalons pour une recherche sur l'acceptabilité sociale de l'innovation éco-conçue : aspects éthiques et épistémologiques de la norme environnementale », *Marché et organisations*, n°1, 2013, p83 s

¹⁰⁸⁹ On pense spontanément à un Dieu extérieur qui guiderait la Nature, et donc à une conception de type théisme ou déisme. Mais cette nature peut être simplement « divinisée » et répondre du panthéisme, du panenthéisme ou du théisme philosophique, et renvoyer donc à un Dieu se confondant, -totalement ou partiellement- avec la Nature. Voir en ce sens les travaux du philosophe Ashley-Cooper de Shaftesbury.

¹⁰⁹⁰ M. MARZANO, *L'éthique...op. cit.*

¹⁰⁹¹ H. GILBERT, « De l'anthropologie à l'anthropotechnique ? », *Tumultes*, 2/2005 (n° 25), p49 s.

¹⁰⁹² J-Ph. PIERRON, *Où va la famille ?*, LLL, 2014, p107 s.

¹⁰⁹³ R. OGIEN, *Mon dîner...op. cit.*, p159 s.

de l'inceste : il suffit de dire que la nature ne veut pas de l'inceste. Néanmoins, l'affirmation est péremptoire et ne peut être ni confirmée, ni infirmée, puisque « ce que veut la nature » n'est pas objectivement vérifiable¹⁰⁹⁴. Aussi, ce n'est pas ici tant la potentielle utilisation malhonnête qui doit nous inciter à rejeter cette approche de la nature mais plutôt son côté irrationnel, et, dans une moindre mesure, son caractère arbitraire.

Si l'on entend « Nature » comme l'**essence d'une chose** ensuite. Par « essence » on vise ce qui définit une chose, ce qui constitue son attribut fondamental¹⁰⁹⁵. Pour dire l'inceste contraire à la nature, il faudrait alors réussir à prouver que l'inceste est contraire à l'essence de quelque chose. Agir à l'encontre de l'essence d'une chose reviendrait alors à trahir sa nature profonde, et donc à contrevenir à la vision du monde qui va avec. Mais à l'essence de quoi au juste ? Comme il s'agit là de relations charnelles entre humains, plusieurs « choses » dont l'essence serait potentiellement violée viennent à l'esprit. L'inceste pourrait être contraire à l'essence de l'humain en général¹⁰⁹⁶, ou à l'essence des relations sexuelles, ou encore à l'essence du couple.

Quant à l'essence de l'homme, -c'est-à-dire la nature humaine-, en premier lieu. Ici comme précédemment la difficulté est de mise car le concept de nature humaine est fuyant¹⁰⁹⁷. La difficulté est d'autant plus grande que s'agissant de la nature humaine, l'Humain est à la fois sujet et objet d'étude. Cette approche auto-réflexive est tout sauf gage d'impartialité... Au demeurant, une approche unique de la nature humaine n'est pas raisonnable tant le monde est le foyer d'un pluralisme de conceptions à ce sujet¹⁰⁹⁸. Aussi, « invoquer la nature humaine permet d'expliquer rigoureusement tout et le contraire, c'est-à-dire de n'expliquer rien »¹⁰⁹⁹. Face à ce fourre-tout conceptuel, on voit se dégager une justification empirique : l'inceste serait contraire à la nature humaine car nos instincts rejettent l'inceste. L'argument est délicat. Outre le fait qu'il repose sur une prémisse non-exprimée et non-démontrée selon laquelle nos instincts reflètent notre nature humaine, il ne fait pas l'objet d'un quelconque consensus.

Pour certains en effet, l'humain rejeterait instinctivement l'inceste¹¹⁰⁰, faisant ainsi de sa prohibition une norme « naturelle »¹¹⁰¹. Cette répulsion serait physique¹¹⁰², psychologique¹¹⁰³ ou

¹⁰⁹⁴ Et, comme le dirait Popper, il s'agit également d'une approche dénuée de toute scientificité en ce qu'elle est infalsifiable.

¹⁰⁹⁵ A. LALANDE, *op. cit.*

¹⁰⁹⁶ F.M.A DEVAY, *Du danger des mariages consanguins sous le rapport sanitaire*, Masson, 1862, p215 s.

¹⁰⁹⁷ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p49 s.

¹⁰⁹⁸ D. SPERANTA. « Liberté de procréation et manipulation génétique. Pour une critique d'Habermas », *Raisons politiques*, n°4, 2003, p31 s.

¹⁰⁹⁹ A. ACCARDO, *op. cit.*

¹¹⁰⁰ C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Tome I, Lahure, 1881, p127 s. Voir aussi : Obs RUBELLI-DEVICHI, JCP 2004, I, 109, n°2 qui parle de « répulsion »

¹¹⁰¹ D. GUEVEL, « La famille incestueuse », LPA, 2004, n°290, p2.

morale¹¹⁰⁴. Ils y voient un instinct inné, conservé par l'évolution¹¹⁰⁵, ou au contraire une réaction acquise ou révélée par l'habitude de la vie quotidienne qui anéantirait toute libido envers ses proches¹¹⁰⁶, par la mise en contact de substances communes¹¹⁰⁷ ou par le présentiment de la dégénérescence génétique¹¹⁰⁸.

Au soutien de leur opinion, certains défendent que cet instinct de l'aversion pour l'inceste serait le corollaire d'un instinct d'exogamie¹¹⁰⁹. Cependant, cet argument accuse plusieurs faiblesses : ce n'est pas parce qu'on a une tendance à l'exogamie qu'on a une aversion pour l'endogamie. On peut très bien avoir une tendance *pour* l'exogamie et *pour* l'endogamie, autant que l'humain peut avoir une tendance naturelle à la violence mais également une tendance naturelle à la paix¹¹¹⁰ ! De plus, la tendance à l'exogamie est plus générale, plus vaporeuse qu'une véritable conduite identifiable à la prohibition de l'inceste. L'humain tendrait en effet naturellement à l'échange en général ; l'échange de femmes (sic !) n'étant qu'un aspect parmi d'autres¹¹¹¹. Dès lors, l'humain pourrait satisfaire son instinct d'exogamie sur d'autres domaines (biens économiques et culturels par exemple) sans pour autant prohiber rigoureusement l'inceste. Au demeurant, ce comportement n'a rien de spécifiquement humain. Les études d'ethnologie prouvent que certains animaux¹¹¹² adoptent des comportements d'évitement par rapport à la consanguinité¹¹¹³. Ces premiers éléments permettent dès à présent de douter du caractère de ce que l'interdit de l'inceste serait le propre de la nature humaine. Si les animaux non-humains le connaissent aussi, il n'a en effet alors rien de spécifique à l'humain.

Quant à l'argument consistant à dire que l'interdit de l'inceste serait naturel puisque universel¹¹¹⁴, il est aussi faux qu'invalidé. Faux d'une part, car la prohibition de l'inceste n'est pas

¹¹⁰² G. CORNU, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006, p301 s. qui évoque une « *répulsion physique* ».

¹¹⁰³ E. WESTERMARCK, *The History of Human Marriage*, Macmillan & co, 1891, cité par J-M. USEO, *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014, p29 s.

¹¹⁰⁴ A. GOUTTENNOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. Fam.* 2005, n°234. qui parle de « *répugnance d'ordre moral* ».

¹¹⁰⁵ J-M. USEO, *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014, p29 s. et N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, p1 s, mais qui relève à juste titre que la consanguinité conserve mieux leurs gènes, ce qui est au contraire un facteur positif de sélection naturelle ! Pour une critique du réductionnisme, voir : V. NUROCK, « Faut-il décerveler la morale ? Un examen philosophique de la neuroéthique », *Cités*, n°4, 2014, p43 s.

¹¹⁰⁶ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, parlant des thèses de Ellis.

¹¹⁰⁷ A. FINE, « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'Homme*, n°205, 013, p99 s. faisant référence aux thèses de Françoise Héritier mais qui souligne que ces dernières ne sont pas aptes à rendre compte des incestes de type adoptifs ou baptismaux.

¹¹⁰⁸ J. PENOT, *Évolution du mariage et consanguinité*, Thèse, Lyon I, 1902, p34 s.

¹¹⁰⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002, p446 s.

¹¹¹⁰ A. ACCARDO, *op. cit.*

¹¹¹¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, pour qui « *L'échange, y compris l'échange de femmes, est un besoin, un instinct des tribus primitives.* »

¹¹¹² Mais pas tous ! : B. CYRULNIK, préc. ; N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*

¹¹¹³ N. GLANDIER LESCURE, *ibid* ; D. GUEVEL, « La famille... », préc. Voir aussi C. VINCENT, « De l'inhibition biologique au tabou verbal », *Le Monde* du 10 mars 2004, p25, évoquant les travaux de N. BISCHOF et l'ouvrage P. PICQ & Y. COPPENS (dir.), *Aux origines de l'humanité*, Fayard, 2001. ; J-M. USEO, *op. cit.*

¹¹¹⁴ C. GUÉRY. « L'inceste : étude du droit pénal comparé », D. 1998. 47.

universelle, mais quasi-universelle¹¹¹⁵. Sur ce terrain d'ailleurs, un quelconque attribut d'universalité paraît déraisonnable car la notion même d'inceste est, comme nous l'avons dit en introduction, relative¹¹¹⁶. Comme l'a écrit Sade lui-même : « *L'inceste, un crime ! Ah ! mon enfant, dis-moi, je te prie, comment une action qui fait la loi sur la moitié de notre globe, pourrait se trouver criminelle dans l'autre moitié ?* »¹¹¹⁷ En réalité, ce qui serait universel, ce n'est pas la prohibition de l'inceste, mais plus simplement l'organisation sociale des unions¹¹¹⁸. Invalide d'un point de vue épistémologique d'autre part, car le fait qu'un comportement soit universel ne prouve pas à lui seul qu'il soit instinctif et/ou naturel¹¹¹⁹. Au demeurant, certains considèrent que la justification naturelle de la prohibition de l'inceste, - instinct d'exogamie, crainte génétique etc-, constitue en réalité une justification *a posteriori*¹¹²⁰ d'un phénomène purement politique¹¹²¹.

Ceci étant, une telle conception de la nature humaine ne permet pas de justifier l'interdit de l'inceste dans sa facette juridique. Et pour cause : si la prohibition de l'inceste est instinctive et universelle, alors il ne sert à rien de la prescrire ! À cet égard, Frazer écrivait : « *ce que la nature elle-même prohibe et punit, il est superflu qu'on l'interdit et le punit* »¹¹²². On retrouve d'ailleurs ici une règle logique fondamentale en vertu de laquelle il ne sert à rien d'obliger quelqu'un à faire quelque chose qu'il fait déjà, pas plus que de l'empêcher de faire quelque chose qu'il ne ferait jamais¹¹²³ (ce qu'Ogien appelle le « rasoir de Kant »¹¹²⁴). Aussi l'interdire ne sert soit à rien, soit ne sert qu'à ceux qui ne ressentent pas cet instinct, trahissant par là que le phénomène existe et que l'instinct n'est pas partagé par tous¹¹²⁵...

¹¹¹⁵ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2015, n°841 s. ; N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.* ; S. MOSCÓVICI, *op. cit.*

¹¹¹⁶ D. GUEVEL, « La famille... », préc.

¹¹¹⁷ D.-A.-F. SADE, *La Philosophie dans le boudoir ou les instituteurs immoraux*, Paris, 2007, p 62.

¹¹¹⁸ D. GUEVEL, « La famille... », préc. qui écrit : « *il n'est pas interdit de se demander si c'est bien l'interdit de l'inceste qui est universel ou si ce n'est pas plutôt l'organisation des alliances qui l'est* ». et A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014, n°140 s. qui remarque que tous les empêchements à mariage possibles et imaginables ont déjà été créés par l'humain (race, religion, âge, communauté etc.)

¹¹¹⁹ R. OGIEN, *L'influence ... op. cit.*, p104 s.

¹¹²⁰ J. PENOT, *op. cit.*, qui souligne à juste titre que la dégénérescence génétique se révèle sur des échelles de temps (plusieurs générations etc.) qui ne permettent pas son observation à échelle d'une ou quelques vies humaines, surtout à une époque où l'espérance de vie était beaucoup plus faible ! Voir aussi : N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*

¹¹²¹ D.-A.-F. SADE, *op. cit.*, qui écrit que « *Gardons-nous bien de confondre, et ne prenons jamais pour lois de la nature, ce qui n'est que le fruit de la politique* ».

¹¹²² J. FRAZER, *Totemism and Exogamy*, Londres, 1910, Tome V, p97.

¹¹²³ R. OGIEN, *La morae... op. cit.*, p18 s. et R. OGIEN, *L'influence... op. cit.*, p7 s.

¹¹²⁴ Voir sur ce thème : R. OGIEN, *Le rasoir de Kant et autres essais de philosophie pratique*, L'éclat, 2003.

¹¹²⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p194 s. ; D. TERRÉ, Mutations de la famille : enjeux éthiques, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *Ethique et Famille*, Tome 1, L'Harmattan, 2011. ; C. SILVIA, « Fabienne Giuliani », *Les Liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^{ème} siècle*. Paris, Publications de la Sorbonne, 2014 », *Clio*, 2/2015 (n° 42), p254 s.

Pour d'autres, l'humain aurait au contraire un instinct favorable à l'inceste. Certain.e.s, - tout.e.s pour Freud-, ressentent l'attraction, et certains d'entre eux passent même à l'acte¹¹²⁶. La répulsion traduirait ainsi tout au plus un refoulement¹¹²⁷. « *Au lieu de supposer, par conséquent, d'après la prohibition de l'inceste par la loi, qu'il y a une aversion naturelle en sa faveur, nous devons plutôt supposer qu'il y a un instinct naturel en sa faveur* » écrit-il¹¹²⁸.

Si cela se révèle vrai, la prohibition juridique de l'inceste devient possible (le phénomène existe) mais contre-nature ! L'inceste est alors le véritable phénomène naturel et sa prohibition une illusion de l'esprit humain. Elle est également relativement inefficace. En effet, « *devoir implique pouvoir* »¹¹²⁹. Pour le dire autrement, puisque « *à l'impossible nul n'est tenu* », il est donc compliqué d'exiger de quelqu'un qu'il fasse quelque chose qu'il ne peut pas faire ou qu'il ne peut pas faire sans difficulté¹¹³⁰. En ce sens, Vanessa Nurock considère que les règles morales, - et donc aussi juridiques¹¹³¹-, qui exigent un comportement qui va à l'encontre de nos instincts ont une portée limitée¹¹³².

Au demeurant, si la répression de l'inceste est relative, il est important de souligner que le sentiment incestueux l'est tout autant¹¹³³. Aussi, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de discerner un instinct uniforme à son égard, qu'on le considère répulsif ou attractif¹¹³⁴.

La conclusion la plus vraisemblable que l'on peut tirer des ces quelques réflexions sur l'instinct est que certaines unions sont considérées comme incestueuses, d'autres non, et que parmi celles qui sont perçues comme incestueuses certaines provoquent une réaction répulsive¹¹³⁵, d'autres non¹¹³⁶, et ce, en fonction des individus...à moins que chacun.e ne ressente un peu des deux : répulsion et attraction combinées¹¹³⁷.

¹¹²⁶ ; D. GUEVEL, « La famille... », préc., citant Claude Lévi-Strauss : « *Rien n'est plus douteux que cette prétendue répugnance instinctive. Car l'inceste, bien que prohibé par la loi et les mœurs, existe ; il est même, sans doute, beaucoup plus fréquent qu'une convention collective de silence ne tendrait à le laisser supposer* » ; N. GLANDIER LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, p1 s.

¹¹²⁷ J. BARUS-MICHEL, « Inceste et pédophilie, quelle jouissance, quel interdit ? », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2007, n° 3, p209 s. qui s'étonne d'ailleurs que le refoulement soit généralement imputé à l'enfant et non au parent !

¹¹²⁸ In *Totem et Tabou*, cité par S. MOSCOVICI, *op. cit.*

¹¹²⁹ R. OGIEN, *L'influence ...op. cit.*, p7 s. et R. OGIEN, *La morale...op. cit.*, p18 s.

¹¹³⁰ R. OGIEN, *L'influence ...ibid.*, p104 s.

¹¹³¹ Nous rajoutons

¹¹³² V. NUROCK, « Faut-il... », préc.

¹¹³³ Voir principalement : B. CYRULNIK, préc. ; mais aussi : A. FINE, préc. qui évoque la polygynie sororale chez les Zoulou de Natal qui n'apparaît pas à ce peuple comme incestueuse. Et A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2015, n°841 s.

¹¹³⁴ J-M. USEO, *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014, p29 s., citant les travaux de Durkheim.

¹¹³⁵ B. CYRULNIK, préc.

¹¹³⁶ F.M.A DEVAY, *Du danger des mariages consanguins sous le rapport sanitaire*, Masson, 1862, p191 s.

¹¹³⁷ A. NAOURI, Un inceste sans passage à l'acte, in F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000, p7 s. ; Sur le cumul de réactions contraires : A. ACCARDO, *Introduction à une sociologie critique – Lire Bourdieu*, Agone, 2006, p13 s.

De manière plus originale, Levi-Strauss dépasse cette opposition entre les *pro* et les *anti* instinct en suggérant que la prohibition de l'inceste serait ni 100% naturelle, ni 100% culturelle¹¹³⁸, mais qu'elle serait en réalité la traduction normative du passage de la nature à la culture¹¹³⁹. Cette transition qui substitue une *organisation biologique* à une *organisation sociale*¹¹⁴⁰ serait le propre de l'Humain¹¹⁴¹. Cependant, cette théorie, pour subtile qu'elle soit, revêt quelques aspects artificiels. Elle s'appuie notamment sur une opposition entre Nature et Culture qui est aujourd'hui très contestée¹¹⁴². Le concept de nature est culturel et la propension à la culture peut être vue comme naturelle¹¹⁴³. En réalité, pour certain.e.s, Nature et Culture seraient en *continuum*¹¹⁴⁴ voire se confondraient¹¹⁴⁵.

Quant à l'essence des relations sexuelles, en deuxième lieu. En la matière, le jugement est rapide autant que la norme est stricte. Il est habituel que la moindre « déviance » soit réprouvée au nom de la nature¹¹⁴⁶, comme étant une perversion¹¹⁴⁷. Deux données sont souvent soulevées pour justifier que l'on qualifie de « contre-nature » des relations sexuelles. Il s'agit d'une part de l'incapacité à engendrer la vie, d'autre part de la qualité de la procréation.

S'agissant de la *capacité à procréer* : c'est un argument qui nous vient directement de la religion et notamment, pour ce qui est du cas français, de la morale chrétienne¹¹⁴⁸. Selon les théologiens moraux, tout être et tout acte aurait une finalité naturelle. Celle de l'acte sexuel serait de procréer. Par conséquent, une relation charnelle insusceptible de transmettre la vie serait contre-nature¹¹⁴⁹. A cet égard, les relations sexuelles incestueuses ne devraient pas être vues comme contre-nature puisque les couples apparentés peuvent procréer¹¹⁵⁰. Au demeurant, une telle interprétation de la nature correspond à une approche de croyant¹¹⁵¹, illégitime selon nous aujourd'hui à fonder une règle de droit. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe témoigne d'ailleurs du rejet effectif de ce genre de logique par le législateur.

¹¹³⁸ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*

¹¹³⁹ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2013, p90 s.

¹¹⁴⁰ D. GUEVEL, « La famille... », préc.

¹¹⁴¹ D. FENOUILLET, *op. cit.*

¹¹⁴² J. ANDRÉ, *Le lit de Jocaste*, in J. ANDRÉ, *op. cit.*

¹¹⁴³ *Ibidem.*

¹¹⁴⁴ Ph. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Gallimard, 2005, cité par D. FENOUILLET, « Du mythe... ».

¹¹⁴⁵ M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945, p220 s. qui écrit : « Il est impossible de superposer chez l'homme une première couche de comportements que l'on appellerait "naturels" et un monde culturel ou spirituel fabriqué. Tout est fabriqué et tout est naturel chez l'homme. »

¹¹⁴⁶ R. OGIEN, *La vie, la mort, l'Etat : le débat bioéthique*, Grasset, 2009, p15 s.

¹¹⁴⁷ R. OGIEN, *La panique...* *op. cit.* p51 s.

¹¹⁴⁸ J. CAZENEUVE, *L'avenir de la morale*, Editions du rocher, 1998, p185 s.

¹¹⁴⁹ N. CAMPAGNA, Quelle morale sexuelle ?, in N. JOURNET (dir.), *op. cit.*, qui précise que la capacité à procréer est une condition nécessaire mais suffisante de la validité morale d'un acte sexuel.

¹¹⁵⁰ F.M.A DEVAY, *op. cit.*, p66 s.

¹¹⁵¹ Cf *supra*.

S'agissant de la *qualité de la procréation* : il s'agit de l'argument majeur opposé aux unions incestueuses. « *L'inceste est un crime contre la nature, puisque les enfants nés d'inceste sont des monstres* » peut-on lire¹¹⁵². Plusieurs contre-arguments peuvent être opposés à cela.

D'une part, le risque génétique n'existe que pour les relations consanguines. Or, l'inceste n'est pas la consanguinité. Certaines unions consanguines sont tolérées, et certaines unions incestueuses ne sont pas consanguines. L'argument ne peut au mieux que justifier partiellement la prohibition.

D'autre part, le risque consanguin n'est, par définition, qu'un risque. Dira-t-on d'un couple frère-sœur qui a engendré sept enfants tous sains qu'il a pratiqué des actes contre-nature ? À l'inverse, des unions non-consanguines peuvent parfaitement engendrer des enfants malades. Dira-t-on d'un couple non-apparenté qui donne naissance à un ou plusieurs enfants handicapés qu'il a eu des relations sexuelles contre-nature ? À l'évidence, associer santé des enfants issus d'une relation sexuelle et caractère naturel ou contre-nature de ladite relation est délicat. En tout état de cause, la notion même de santé et de pathologie est difficile à définir. La démarcation entre normal et pathologique n'est pas une donnée objective¹¹⁵³. La normalité peut être la majorité statistique comme elle peut être la normativité¹¹⁵⁴, ou un peu des deux à la fois. Ce qui est certain est qu'elle est socialement fixée, ou à tout le moins socialement influencée¹¹⁵⁵.

Enfin, on peut s'inquiéter des dérives eugénistes d'une approche perfectionniste de la nature¹¹⁵⁶. À cet égard, l'eugénisme peut se définir comme l'imposition ou l'incitation d'un modèle de procréation¹¹⁵⁷. Il est positif lorsqu'il s'astreint à favoriser les caractères avantageux et négatif lorsqu'il vise à réduire la fréquence de gènes délétères¹¹⁵⁸. Il est dit étatique ou politique lorsque c'est l'Etat lui-même qui impose le modèle¹¹⁵⁹ et libéral lorsque c'est la société qui s'auto-incite à procréer d'une manière plus que d'une autre¹¹⁶⁰. Si la question de la moralité de l'eugénisme libéral est discutée¹¹⁶¹, celle de l'eugénisme politique est rejetée par les tenants d'une éthique minimale en ce qu'elle nie la liberté individuelle et fait œuvre de paternalisme¹¹⁶². Dans le cas de l'inceste, on serait d'ailleurs plutôt dans un cas d'eugénisme étatique puisque si à travers la

¹¹⁵² B. CYRULNIK, préc.

¹¹⁵³ *Contra* : voir les travaux de Boorse et de Quételet sur la biostatistique.

¹¹⁵⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p7 s. qui écrit que :

« *Le débat philosophique sur la normalité n'a pas reçu de conclusion qui fasse l'unanimité* ».

¹¹⁵⁵ Sur ces questions, on renvoie aux travaux de Bernard, Canguilhem et Lalande.

¹¹⁵⁶ M. GAILLE, La recherche de l'enfant parfait : les enjeux d'une philosophie critique des normes de la procréation, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *op. cit.*

¹¹⁵⁷ R. OGIEN, *Mon dîner... op. cit.*, p173 s.

¹¹⁵⁸ J. FEINGOLD, « La génétique médicale est-elle eugénique ? », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996

¹¹⁵⁹ R. OGIEN, *Mon dîner... op. cit.*

¹¹⁶⁰ Voir à ce sujet : J. HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?*, Gallimard, 2002.

¹¹⁶¹ R. OGIEN, *Mon dîner... op. cit.*

¹¹⁶² *Ibidem*.

prohibition de l'inceste, le droit civil communique et impose un idéal de procréation, il appert contraire à la morale minimale vers laquelle tend le droit de la famille. L'eugénisme, bien qu'il soit parfois mis en œuvre par les règles de droit elles-mêmes¹¹⁶³ est en principe prohibé par le droit positif¹¹⁶⁴.

Quant à l'essence du couple, en troisième lieu. Trois éléments peuvent être considérés comme essentiels pour un couple : le fait d'entretenir des relations sexuelles, le fait d'être une cellule familiale potentielle et le fait de répondre d'une logique d'altérité.

S'agissant du fait d'*avoir des relations charnelles*, le couple incestueux n'est pas en reste. Rien ne s'oppose, bien évidemment, à ce que deux personnes apparentées aient des relations sexuelles, qui peuvent d'ailleurs s'inscrire dans la durée et la stabilité¹¹⁶⁵.

S'agissant du fait d'*être une cellule familiale potentielle*, le couple incestueux peut tout autant avoir des enfants et se structurer selon un mode de fonctionnement de type famille¹¹⁶⁶. Au demeurant, cette conception semble délaissée par le droit positif qui ne voit plus aucune objection à ouvrir le mariage à des couples biologiquement inaptes à procréer¹¹⁶⁷. Jean Hauser écrivait d'ailleurs à ce sujet que la légalisation du mariage homosexuel ouvrait la voie à celle du mariage incestueux, « *le mariage n'étant plus qu'une décoration fanée et symbolique sans contenu biologique* »¹¹⁶⁸.

S'agissant du fait d'*être une union complémentaire* : sur ce point, l'inceste, qui s'inscrit dans l'identité, peut effectivement être perçue comme contre-nature¹¹⁶⁹. L'idée est difficile à contrarier car elle repose sur une définition péremptoire de la nature du couple. D'autant plus que si l'altérité s'entend de la seule altérité dans les liens de famille, alors l'argument est cyclique¹¹⁷⁰ : l'inceste serait jugé contre-nature parce qu'il ne serait pas dans l'altérité familiale...c'est-à-dire parce qu'il est incestueux ! D'un point de vue juridique, l'idée que l'union sexuelle doit s'inscrire dans l'altérité semble elle aussi délaissée depuis l'ouverture du mariage aux

¹¹⁶³ C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996. qui relève qu'à chaque fois que la loi permet un tri dans les gamètes ou les embryons destinés à servir dans le cadre d'une AMP, elle organise une pratique eugéniste.

¹¹⁶⁴ L'article 16-4 du Code civil dispose ainsi que : « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* ».

¹¹⁶⁵ Cf *supra* sur la question du concubinage incestueux.

¹¹⁶⁶ Pour l'objection tenant au fait que *par définition* le couple incestueux ne peut pas former une famille, voir *infra* sur l'atteinte au concept de Famille.

¹¹⁶⁷ D. FENOUILLET, « Du mythe... », préc.

¹¹⁶⁸ J. HAUSER, « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », RTD civ. 2005. 758.

¹¹⁶⁹ J-M. USEO, *op. cit.*, p29 s.

¹¹⁷⁰ Et donc logiquement invalide.

couples homosexuels¹¹⁷¹. Toutefois, il ne s'agit pas de la même altérité, ce qui ne nous permet pas de savoir ce que le droit considérerait aujourd'hui s'agissant de l'inceste.

In fine, l'union incestueuse ne peut raisonnablement être perçue comme contre-nature que dans trois hypothèses : 1) si l'on conçoit la Nature comme un ordre cosmique finalisé, 2) si l'on conçoit les relations sexuelles comme ayant pour essence d'engendrer sainement, 3) si l'on considère que l'essence d'un couple est d'être dans l'altérité familiale.

Nonobstant, cet appel à la Nature n'est pas *per se* satisfaisant. En effet, quand bien même on arriverait à démontrer que l'inceste est contre-nature, il n'en irait pas que l'inceste est immoral. Pour s'en convaincre, il faut avoir à l'esprit que passer du naturel au moral équivaut à passer du fait à la valeur¹¹⁷², - autrement dit du descriptif au normatif¹¹⁷³-, ce qui constitue une erreur logique¹¹⁷⁴ que l'on nomme classiquement *sophisme naturaliste*¹¹⁷⁵. Ainsi, ce n'est pas parce que l'on ressent naturellement une aversion pour quelque chose que cela prouve de cette chose qu'elle est immorale ; sinon cela légitimerait possiblement le rejet des couples mixtes ou homosexuels pour ceux qui peuvent en être dégoûté.e.s¹¹⁷⁶ ! À l'inverse, si l'on devait prouver scientifiquement que les assassins sont naturellement assassins, cela ferait-il que l'on doive considérer leur tendance comme morale ?¹¹⁷⁷

Aussi, considérer que ce qui fait notre nature est moral, c'est adopter une posture essentialiste¹¹⁷⁸, posture qui part du postulat que la Nature est parfaite et constitue un modèle divin¹¹⁷⁹. Mais, sécularisé, le Droit ne peut plus se fonder sur l'idée d'un projet divin pour la nature, et n'a donc plus aucune raison d'accepter la nature telle qu'il la trouve¹¹⁸⁰. En réalité, sans vision de croyant, il convient d'admettre que « *la nature ne veut pas : elle est.* »¹¹⁸¹. Dès lors, faire appel à la nature revient à projeter nos idées sur elle pour ensuite en exiger la reconnaissance

¹¹⁷¹ C. GRIS, *op. cit.*, p507 s.

¹¹⁷² R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p64 s. exposant les théories de Poincaré (une conclusion impérative ne peut être tirée d'un raisonnement dont aucune prémisse n'est impérative) et de Hume (on ne peut pas tirer un jugement lié par la copule « devoir » de jugements qui ne sont pas liés par la copule « devoir »).

¹¹⁷³ J-B. LE BOHEC, préc.

¹¹⁷⁴ R. OGIEN, *La morale... op. cit.*, p18 s.

¹¹⁷⁵ Faisant évidemment référence à Hume : R. OGIEN & C. TAPPOLET, *Les concepts de l'éthique – Faut-il être conséquentialiste ?*, Herman, 2^{ème} édition, 2009, p95 s. ; R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*

¹¹⁷⁶ L'idée de Hume sur ce point est reprise par : R. OGIEN, *Mon dîner... op. cit.*, p159 s. qui s'attaque à L. R. KASS, « The Wisdom of Repugnance. Why we should ban cloning of humans », *The New Republic*, 1997.

¹¹⁷⁷ V. NUROCK, « Faut-il... », préc.

¹¹⁷⁸ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007, p58 s., qui distingue essentialisme fort et essentialisme affaibli. Et J-Ph. PIERRON, *Où va la famille ?*, LLL, 2014, p107 s. qui écrit : « "Nature" ? Mot douteux, presque obscène, aujourd'hui soupçonné de masquer un essentialisme et donc un dogmatisme qui ne dirait pas son nom. »

¹¹⁷⁹ L. ROY, « Jalons pour une recherche sur l'acceptabilité sociale de l'innovation éco-conçue : aspects éthiques et épistémologiques de la norme environnementale », *Marché et organisations*, n°1, 2013, p83 s

¹¹⁸⁰ D. SPERANTA. « Liberté de procréation et manipulation génétique. Pour une critique d'Habermas », *Raisons politiques*, n°4, 2003, p31 s.

¹¹⁸¹ L. ROY, « Jalons pour une recherche sur l'acceptabilité sociale de l'innovation éco-conçue : aspects éthiques et épistémologiques de la norme environnementale », *Marché et organisations*, n°1, 2013, p83 s

socio-politique en prétendant disposer d'un argument d'autorité objectif¹¹⁸². Ainsi, la Nature peut devenir un « *masque idéologique* »¹¹⁸³. En d'autres termes, la norme sociale intervient nécessairement vis à vis du naturel pour le qualifier de « bon naturel » et l'opposer au comportement jugé alors déviant¹¹⁸⁴.

Cette problématique rejaillit tout particulièrement lorsqu'il est question d'appréhender les constructions familiales. La famille est à la croisée de trois pôles : un pôle biologique, un pôle moral et un pôle social. Cette ambivalence engendre des incertitudes : ainsi, si une situation cumule les trois niveaux (par exemple un.e enfant biologique voulu.e et élevé.e par un couple hétérosexuel), elle sera jugée naturelle par tou.te.s ; si, au contraire, une situation ne répond qu'un ou deux des trois niveaux (par exemple en cas d'adoption ou d'homoparentalité), un doute s'installe...la situation est-elle bien naturelle ?¹¹⁸⁵. On le voit donc, le caractère moral d'un fait fondé sur un quelconque référence à la nature est en fait pétri de normativité sociale¹¹⁸⁶.

En tout état de cause, il s'agit là d'un appel à la Nature comme valeur supérieure, là où le Droit se dispense en principe désormais de justifications transcendantes.

Section 2 : La Morale

« *Le respect de la morale impose la prohibition de l'inceste* » lit-on¹¹⁸⁷. Au-delà du raisonnement consistant à disqualifier de morale l'union incestueuse en ce qu'elle contreviendrait à la Nature, - argument auquel nous avons déjà répondu-, on retrouve régulièrement l'idée que l'inceste serait une « *horreur morale* »¹¹⁸⁸ d'une évidence telle qu'elle ne nécessiterait pas de justification supplémentaire. L'argument pourrait se résumer ainsi : « C'est immoral, car c'est contraire à la Morale, un point c'est tout »¹¹⁸⁹. Mais renvoyer à *LA Morale* n'a pas plus de sens que de dire d'un

¹¹⁸² A. ACCARDO, *op. cit.*, qui écrit que « *La notion de "nature" est d'autant plus perverse que, comme toutes les notions idéologiques, elle se caractérise par un flou sémantique permettant d'innombrables analogies et glissements métaphoriques* ».

¹¹⁸³ L. ROY, préc.

¹¹⁸⁴ V. NUROCK, *Sommes-nous naturellement moraux ?*, PUF, 2011, p273 s. ; R. OGIEN & C. TAPPOLET, *op. cit.*, p27 s. ; V. NUROCK, « Faut-il... », préc.

¹¹⁸⁵ C. DEKEUWER, C. POIZAT-AMAR, J-F. GUERIN, M-F. CALLU ET D. SANLAVILLE, « Tourisme procréatif : les problèmes éthiques soulevés par la découverte d'une anomalie génétique chez un donneur de sperme provenant d'une banque européenne » (à paraître). Voir aussi : H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil, 3^{ème} volume, La famille*, par L. LEVENEUR, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1995, p35 s.

¹¹⁸⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Enjeux éthiques des transformations juridiques de la famille, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *op. cit.* ; I. THÉRY & A-M. LEROYER, *Filiation, origine, parentalité*, Odile Jacob, 2014, p37 s.

¹¹⁸⁷ L. HARTMANN, *Droit civil : La famille*, L'Hermès, 4^{ème} édition, 2002, p29 s.

¹¹⁸⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p301 s.

¹¹⁸⁹ Voir par exemple : V. MIKALEF-TOUDIC, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 2^{ème} édition, 2015, n°392 s.

acte qu'il est contraire *AU Droit*... quel droit ? de quel Etat ? de quelle époque ? ...le même flou entoure l'argument relatif à *LA Morale* : quelle morale ? quel système moral ?

Comment alors saisir et analyser un argument aussi stérile ? On peut déjà avoir en tête que la morale s'entend généralement de deux grandes acceptions distinctes¹¹⁹⁰ : on peut envisager la morale dans un sens transcendant, comme une théorie raisonnée du bien et du mal, *-on parle de morale spirituelle-*, mais aussi dans un sens immanent, comme un ensemble de conduites admises à une époque ou par un groupe particulier, *- on parle alors de morale sociale-*¹¹⁹¹. On comprend alors que l'argument consistant à dire que l'inceste est contraire à la morale renvoie en réalité soit à la violation d'une intuition morale, soit au non-respect de la morale sociale. Etudions donc cela de plus près.

Dans le premier cas, l'on se retrouve dans le domaine de la morale dans son **sens transcendant**¹¹⁹². À cet égard, la prohibition de l'inceste est parfois justifiée par la réaction d'horreur qu'il peut provoquer. L'argument pourrait se résumer ainsi : « Je vois bien que c'est mal, puisque ça me dégoûte »¹¹⁹³. Le problème d'un tel argument est qu'il est cyclique. En effet justifier l'interdit de l'inceste par la répugnance morale qu'il provoque n'a pas de sens puisque la répugnance morale est la traduction de l'adhésion à l'interdit. En d'autres termes, justifier ainsi la prohibition de l'inceste ... « *c'est dire que les hommes condamnent l'inceste parce qu'il leur paraît condamnable* »¹¹⁹⁴ !

Fait alors irruption un argument encore plus abscons que ce dernier et qui consiste à justifier le rejet que l'on a de l'inceste de la façon suivante : « *Je sais que c'est mal, mais je ne peux pas dire pourquoi* »¹¹⁹⁵. L'acte ne fait visiblement de mal à personne mais n'engendre pas moins un rejet moral catégorique. Valable pour l'inceste, ce genre de rejet jaillit face à toute violation d'un interdit profondément enraciné : on assiste au même genre de réaction face à des faits d'auto-cannibalisme même s'ils sont pratiqués librement par exemple¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁰ C. LE TERTRE, *La religion et le droit civil du mariage*, Defrénois, 2004, p57 s.

¹¹⁹¹ A. LALANDE, *op. cit.*,

¹¹⁹² Voir par exemple : A. BATTEUR, *op. cit.*, qui parle de « *sauvegarder avant tout la morale* » dans un sens qui nous semble renvoie à la morale transcendentale.

¹¹⁹³ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Tome I, Larose et Forcel, 1882, p458 s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Tome II, 3^{ème} édition, Bruylant, 1878, p458 s. Mais aussi notre cher R. OGIEN, *La morale...* *op. cit.*, p29 s. et dans *Mon dîner...* *op. cit.*, p87 s. qui parle des « *pratiques que nous avons pris l'habitude de juger répugnantes sans les avoir nécessairement examinées de près* ».

¹¹⁹⁴ J-M. USEO, *op. cit.*, p29 s.

¹¹⁹⁵ R. OGIEN, *L'influence...* *op. cit.*, p104 s. et R. OGIEN, La Famille est-elle une institution injuste ?, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *op. cit.*

¹¹⁹⁶ Voir l'histoire de ce journaliste qui s'est fait retirer un morceau de mollet sous anesthésie pour s'en faire un hamburger : <http://www.lci.fr/insolite/video-il-se-fait-enlever-un-bout-de-mollet-pour-connaître-le-gout-de-la-viande-humaine-1506622.html>. Le site précise ainsi que la pratique n'est pas interdite par la loi mais... « *est toutefois moralement condamnée pour des raisons évidentes* ».

Le jugement moral procède ici d'une intuition morale, c'est-à-dire d'une réaction spontanée d'approbation ou de désapprobation morale à l'égard d'une action ou d'un état de choses¹¹⁹⁷. L'intuition morale n'est pas déduite d'autres croyances morales ou de principes moraux supérieurs et démontrables, elle est non-théorique¹¹⁹⁸ et non-réflexive¹¹⁹⁹. Elle repose sur l'idée que les humains possèdent une faculté particulière, une conscience morale, qui nous permet de distinguer le bien du mal¹²⁰⁰. Cette faculté a été considérée par les premiers intuitionnistes, - Cudworth, Clarke, Balguy et Price-, comme une raison qui saisirait les réalités morales, la *raison intuitive*¹²⁰¹. Par la suite, d'autres philosophes, - notamment Hutcheson et Ashley-Cooper de Shaftesbury- qu'on pourrait qualifier d'empiristes moraux, ont pu définir cette conscience morale comme un *sens moral*¹²⁰². À mi-chemin entre les deux, certains intuitionnistes voient dans la conscience morale une *faculté mixte*, mêlant sens et raison¹²⁰³.

L'intuitionnisme peut prendre deux formes¹²⁰⁴ : il peut être téléologique, -c'est-à-dire définir *a priori* le bien et aligner les droits et devoirs dessus-, ou déontologique, -c'est-à-dire définir le bien par les droits et devoirs-¹²⁰⁵. Ainsi, l'inceste se présentera dans l'esprit du quidam directement comme la violation d'un devoir moral de type *prima facie*¹²⁰⁶ dans la logique déontologiste, et comme un mal qui doit être moralement interdit dans la logique téléologiste. La prohibition de l'inceste pourrait donc ainsi se trouver justifiée.

Cependant, justifier un jugement moral par l'intuition pose plusieurs problèmes. Les intuitions présentent de nombreuses faiblesses qui mettent en doute qu'on puisse s'appuyer sur elles¹²⁰⁷ : elles ne sont ni fiables¹²⁰⁸, ni cohérentes¹²⁰⁹. Ainsi que le prouvent certaines études faites en psychologie cognitive, elles dépendent des personnes autant que du contexte dans lequel elles sont formulées¹²¹⁰. Finalement, l'appel à l'intuition recèle un paradoxe : l'intuition se veut *infaillible* d'un point de vue épistémologique puisqu'elle prétend garantir une certitude morale, mais appert on ne peut plus *faillible* d'un point de méthodologique étant donné qu'elle ne repose sur aucune

¹¹⁹⁷ R. OGIEN, *Philosopher ou faire l'amour*, Grasset, 2014, p31 s. Voir aussi R. OGIEN, *L'influence... op. cit.*, p37. qui définit l'intuition morale comme le « jugement spontané sur ce qui est bien ou mal, juste ou injuste. »

¹¹⁹⁸ R. OGIEN, *Philosopher... op. cit.*

¹¹⁹⁹ R. OGIEN & C. TAPPOLET, *op. cit.*, p120 s.

¹²⁰⁰ M. CANTO-SPERBER, *La philosophie morale britannique*, PUF, 1994, pII s.

¹²⁰¹ *Ibidem*.

¹²⁰² *Ibidem*.

¹²⁰³ A l'instar de Reid et Butler.

¹²⁰⁴ B. PAIN, « Les incertitudes de la bienveillance. Ou comment prendre soin de la personne âgée démente ? », *Esprit*, n°7, 2010, p153 s.

¹²⁰⁵ Distinguant les éthiques déontologiques et téléologiques en général : P. BÜHLER et alii, *Justice en dialogue*, Labor et Fidès, 1982, p136.

¹²⁰⁶ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p87 s et p49 s.

¹²⁰⁷ R. OGIEN, *L'influence ... op. cit.*, p96 s.

¹²⁰⁸ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p99 s.

¹²⁰⁹ R. OGIEN, *Philosopher ... op. cit.*,

¹²¹⁰ *Ibidem* et R. OGIEN, *op. cit.*, p96 s et p100 s.

démarche valide d'un point de vue scientifique¹²¹¹. En réalité, il faut plutôt admettre que si nous avons bien une conscience morale, entendu comme un module préexistant nous permettant de juger du bien et du mal¹²¹², - c'est-à-dire un contenant-, rien ne nous permet de dire que les jugements qu'il produit spontanément, - leur contenu-, présentent une valeur quelconque tant ils sont relatifs¹²¹³.

Dès lors, certains dénoncent avec force l'appel à l'intuition. Pour Ogien, « *il n'est souvent qu'un nom pompeux* »¹²¹⁴ que l'on donne à nos préjugés sociaux, culturels ou religieux. Et en effet, à y regarder de plus près, l'interdit de l'inceste est posé comme dogme par les religions elles-mêmes, notamment les religions monothéistes dont semble s'inspirer la loi par le biais de l'appel à la morale¹²¹⁵.

Ainsi, en *droit talmudique*, l'inceste est prohibé : les lois Noahides, applicables à tous, posent un interdit général¹²¹⁶, tandis que le Lévitique¹²¹⁷, qui concerne seulement les juifs¹²¹⁸, délimite les contours de la règle. La prohibition de l'inceste constitue, à côté de celle du meurtre et de l'idôlatrie, une des trois interdictions cardinales du droit mosaïque¹²¹⁹ et est rappelée à de nombreux autres endroits de la Torah¹²²⁰. Les fondements de la prohibition de l'inceste en droit talmudique ne sont pas clairs. Si certains l'expliquent par des motifs d'ordre physiologique¹²²¹, il semblerait plutôt que la règle s'auto-justifie¹²²²...

De même, en *droit canonique*, comme nous l'avons vu en introduction, l'inceste est par principe prohibé¹²²³. Il n'est toutefois visé par aucune infraction de droit canon. Seuls les empêchements à mariage permettent d'en rendre compte, et c'est donc par leur truchement que l'on peut circonscrire cet interdit. En matière de mariage, le principe demeure la liberté de mariage¹²²⁴. Les empêchements à mariage, dont la détermination ne peut émaner que de l'autorité

¹²¹¹ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p49 s.

¹²¹² R. OGIEN, *L'influence...* *op. cit.*, p104 s.

¹²¹³ V. NUROCK, préc., qui rappelle que justifier nos évaluations morales par des éléments psychologiques relève du dérivationnisme, que Hume lui-même dénonçait. Aussi : V. NUROCK, *Sommes-nous naturellement moraux ?*, PUF, 2011, p273 s. et R. RORTY, « Entre Kant et Dewey : la situation actuelle de la philosophie morale », *Revue internationale de philosophie*, n°3, 2008, p235 s.

¹²¹⁴ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p99 s.

¹²¹⁵ R. OGIEN, *La morale...* *op. cit.*, p9 s.

¹²¹⁶ Jubilés 7, 21

¹²¹⁷ On trouve au chapitre XVIII la liste des combinaisons incestueuses réprouvées, et au chapitre XX les sanctions prévues.

¹²¹⁸ A. MARX, *Commentaire de l'ancien testament – Lévitique, Chapitres 17 à 27*, Labor et Fides, 2011, p57 s.

¹²¹⁹ A. STEINSALTZ, *Introduction au Talmud*, Albin Michel, 2002, p196. Notamment d'ailleurs qu'à cet égard, mieux vaut se laisser tuer que de le commettre. (Talmud de Babylone, Sanhédrine, 74a)

¹²²⁰ Dans la Genèse, le Deutéronome, le Lévitique, le livre d'Ezéchiel, les Jubilés.

¹²²¹ J. BEN ISAAC & A. DE JANOW, *Le commentaire sur la Torah*, Verdier, 1987, p596 s.

¹²²² A. MARX, *Commentaire de l'ancien testament – Lévitique, Chapitres 17 à 27*, Labor et Fides, 2011, p57 s.

¹²²³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant – Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Brill, 2008, p33.

¹²²⁴ Règle rappelée dans l'Encyclique *Pacem in Terris* de Jean XXIII (1,15), et que l'on retrouve formellement à l'article 1058 du Code de 1983.

suprême de l'Église¹²²⁵ n'interviennent qu'à titre d'exceptions. Le Code de 1983¹²²⁶, qui vient remplacer celui de 1917, pose ainsi le détail de l'interdit aux termes des articles 1091 à 1094.

Enfin, notons pour l'information, que le *droit musulman* condamne également l'inceste : le Coran¹²²⁷ et, accessoirement, la Sunna¹²²⁸, posent des empêchements légaux généraux (*al mawâni' al sbar'ya*) relativement aux unions entre individus¹²²⁹. L'Islam, comme les autres religions révélées, réproouve plus largement toute relation sexuelle hors mariage¹²³⁰. Ce que le droit musulman appelle crime de « fornication »¹²³¹ ressort comme étant le troisième péché le plus grave, après l'athéisme ou le polythéisme, et le meurtre¹²³². L'inceste, à cet égard, est un crime de fornication qu'il vitupère et est perçu comme portant directement atteinte à la famille¹²³³.

Si le droit musulman n'a vraisemblablement pas influencé le législateur français, il n'en va pas de même pour les droits talmudique et canonique. Ainsi, l'interdit religieux est si ancré dans nos cultures et dans nos cœurs que l'on finit par y voir une impression morale innée. L'intuition que l'on croit sortie de nulle part pourrait en réalité n'être que le résultat d'un endoctrinement de longue haleine¹²³⁴. Ainsi, le processus semble avoir été le suivant¹²³⁵ : la religion affirme la prohibition de l'inceste. L'interdit religieux s'ancre dans l'esprit populaire comme un interdit moral évident¹²³⁶. La prescription morale est reprise en tant que telle par le législateur¹²³⁷ qui prétend se détacher de toute religiosité¹²³⁸ alors que la règle qu'il entérine est directement issue de

¹²²⁵ A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n°228 s.

¹²²⁶ Il s'agit du code en vigueur pour les Églises occidentales. Pour les Églises orientales, il faut s'en référer au Code de 1990 : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-canonique/>

¹²²⁷ Chapitre IV sourate 23.

¹²²⁸ La Sunna correspond à la tradition prophétique, c'est-à-dire aux dires et comportements du Prophète tels que rapportés par ses compagnons dans des courts récits (*hadiths*). Ses paroles et comportements sont en effet source d'un apprentissage vicariant, et une chaîne de disciples (*isnâd*) en a permis la transmission, chacun d'eux se portant garant de la véridité de la parole transmise.

¹²²⁹ A. YAGI, *Droit musulman*, Publisud, 2004, p73 s ; F-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2007, p39 s. ; J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p137 s. ; L. MILLIOT & F-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2001, p274 s. ; Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé – Tome II : Le mariage. La dissolution du mariage.*, Mouton & co, 1965, p105 s. et F-P. BLANC, *op. cit.*

¹²³⁰ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p23 s.

¹²³¹ *Ibid*, p11 s.

¹²³² A. YAGI, *op. cit.*, p128 s.

¹²³³ H. BLEUCHOT, *Droit musulman – Tome II : Fondements, culte, droit public et mixte*, PUAM, 2002, p685 s. et Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p105 s.

¹²³⁴ Selon Chateaubriand : « *ce n'est pas la religion qui découle de la morale, mais la morale qui découle de la religion.* », cité par J. CAZENEUVE, *L'avenir de la morale*, Editions du rocher, 1998, p83 s.

¹²³⁵ C. LE TERTRE, *op. cit.*

¹²³⁶ Pour un exemple d'une influence directe et assumée des organes religieux sur la prohibition de l'inceste, voir le cas de l'Angleterre qui, en 1908, après avoir écarté tout projet de répression de l'inceste eu égard à l'influence de Mill, a fini par entériner un projet de loi répressif suite aux pressions de l'Église : H. L. A. HART, « La moralité du Droit », *Droits*, n°19, 1994, p105 s.

¹²³⁷ D. FENOUILLET, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2004, n°2, comm 16.

¹²³⁸ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, Tome IV, Marchal, Billard et Cie, 1872, p2 s.

la morale religieuse¹²³⁹. La morale que l'on invoque à l'époque de la postchrétienté¹²⁴⁰ ne serait donc que l'héritière de nos racines bibliques¹²⁴¹. Ainsi que le démontre parfaitement Carbonnier : « *la morale est le masque dont la religion se revêt pour se faire agréer à ceux qui ne veulent pas d'elle* »¹²⁴².

Ce travestissement sournois transparait parfois de l'argumentaire des juristes¹²⁴³. Lorsqu'ils invoquent la morale au secours de leur argumentaire légitimant la prohibition de l'inceste, les références décomplexées à la religion font légion¹²⁴⁴. L'inceste est régulièrement qualifié de péché¹²⁴⁵. On fait appel à Dieu¹²⁴⁶, à Moïse¹²⁴⁷, au Lévitique¹²⁴⁸, au Décalogue¹²⁴⁹, à l'ancien testament en général¹²⁵⁰.

On nous répondra que la prohibition de l'inceste n'est pas propre aux religions révélées qui ont pétri notre civilisation : elle existait avant elles, et existe dans certaines régions indépendamment de tout paradigme biblique. La remarque est juste. Mais l'objection appelle la contre-objection. Certes, en effet, l'interdit de l'inceste n'est pas né avec le judaïsme ou le christianisme¹²⁵¹. Toutefois, ces religions l'ont repris à leur compte¹²⁵², réglementé¹²⁵³ et érigé en règle cardinale de toute l'organisation familiale¹²⁵⁴. Cette dogmatisation permet seule d'expliquer comment un interdit culturel a pu se nover aussi facilement en intuition morale, et donc influencer le législateur à son insu¹²⁵⁵.

¹²³⁹ C. PERELMAN, *Ethique et Droit*, EUB, 1990, p374 s. qui souligne que « *Même dans les sociétés pluralistes, quand une religion est nettement majoritaire, c'est d'elle que s'inspirent souvent les décisions du législateur.* ». Aussi : J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, p34 s. ; C. LE TERTRE, *op. cit.*, p43 s.

¹²⁴⁰ J.-Ph. PIERRON, *op. cit.*, p21 s.

¹²⁴¹ Ph. MALAURIE, « La Bible et le Droit », *RTD Civ.* 2000. 526. ; T. HOCHMANN, « L'amour, l'inceste, et l'« intérêt protégé » en droit pénal constitutionnel », *Droits* n° 24, p147 s. ; J.-L. RONGÉ, « Les filiations diaboliques », *Journal du droit des jeunes* 2013/1 ; n° 321, p43-44.

¹²⁴² J. CARBONNIER, « Morale et Droit » in *Flexible Droit*, LGDJ, 2001, p94 s. Voir aussi bien-sûr : J. CARBONNIER, « La religion, fondement du Droit ? », *APD*, 1993, p17 s.

¹²⁴³ et du corps médical : cf l'ouvrage de F.M.A DEVAY.

¹²⁴⁴ C. LEBEN, « La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au 18^{ème} siècle », *Droits*, 2012/2, n°56, p179 s.

¹²⁴⁵ X. LABBÉE, « L'enfant incestueux, enfant handicapé », *D.* 1997. 543. ; « Epouser sa sœur », *AJ Famille* 2015. 427. et F. DEMOULIN-AUZARY, *Les actions d'état en droit romano-canonique : mariage et filiation (XII-XV^{ème} siècle)*, LGDJ, Thèse, Paris II-Assas, 2004, p98.

¹²⁴⁶ C. TOULLIER, *op. cit.*, p452 s.

¹²⁴⁷ J.-S. LOISEAU, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1811-1819, p759 s.

¹²⁴⁸ M. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, Tome VI, 2^{ème} édition, Cosse & Marchal, 1861, p57 s.

¹²⁴⁹ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* Mai 2003, chron 15, juin 2003, chron 17, partie 1.

¹²⁵⁰ F.M.A DEVAY, *op. cit.*, p191 s.

¹²⁵¹ A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Livre I, Titre 5 – Du mariage, 1827, p21 s.

¹²⁵² *Ibidem*

¹²⁵³ M. BERNOS et alii, *Le fruit défendu – les chrétiens et la sexualité de l'antiquité à nos jours*, Le centurion, 1985, p3 s.

¹²⁵⁴ P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Tome III : Le droit familial*, PUF, 1968, p168 s. ; D. TERRÉ, *Mutations de la famille : enjeux éthiques*, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *op. cit.*

¹²⁵⁵ Evoquant ce mécanisme de transformation diffus : E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle : essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris II-Assas, 2015, p157 s.

Au demeurant, le recours au concept d'une conscience morale n'est pas *a priori* une justification nécessairement insuffisante pour fonder une prescription morale¹²⁵⁶. Seulement, cela relève d'une approche de croyant. Pour les chrétiens par exemple, cette conscience morale est insufflée par Dieu. La faculté, appelée syndérèse, constituerait la partie la plus élevée de l'âme et permettrait de reconnaître naturellement le bien du mal¹²⁵⁷. Un tel fondement fidéiste ne semble plus pouvoir être entériné par le législateur¹²⁵⁸. Comme le relève Ogien, le concept de conscience morale s'affranchit de toute approche rationnelle : « *personne n'a jamais su dire en quoi il consistait exactement* »¹²⁵⁹.

Ce qui nous invite à rejeter l'appel à l'intuitionnisme réside plus largement dans le corollaire qu'implique l'intuitionnisme moral. En effet, si l'humain possède une faculté à reconnaître le bien du mal, c'est qu'il n'est pas lui-même à la source de cette dichotomie, mais ne fait que la découvrir¹²⁶⁰. Aussi, la moralité serait une réalité préexistante à lui. Cette idée renvoie à ce qu'on appelle le *réalisme moral*¹²⁶¹. Elle se différencie du *naturalisme* évoqué plus haut en ce qu'elle ne réduit pas la morale à la nature¹²⁶². Toutefois, cette philosophie peut être rejetée pour les mêmes raisons : improuvable, infalsifiable, insaisissable...elle ne semble là aussi pouvoir être raisonnablement consacrée par le droit¹²⁶³. Notons d'ailleurs que l'utilisation implicite du réalisme moral pour fonder l'interdit de l'inceste n'a rien d'étonnant : en effet, plus un acte semble fautif, plus on a tendance à justifier sa prohibition par un certain « *objectivisme moral* »¹²⁶⁴ !

En définitive, ainsi que le rappelle Ogien lui-même, il ne faut pas confondre 1) immoral, 2) choquant, et 3) contraire aux conventions¹²⁶⁵. Si notre intuition anti-inceste traduit cette réaction de choc, elle ne permet pas à elle seule de justifier l'immoralité de l'inceste¹²⁶⁶. Les intuitions morales ne sont nonobstant pas inutiles, puisque vraies « *pompes à réflexion* »¹²⁶⁷, elles révèlent quelles sont les choses qui posent un problème moral et permettent ainsi de déclencher l'enquête philosophique¹²⁶⁸.

¹²⁵⁶ M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*

¹²⁵⁷ E. GAZIAUX, « La loi naturelle. Quelques repères historiques et interrogations contemporaines », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n°1, 2017, p53 s.

¹²⁵⁸ R. OGIEN, *Philosopher... op. cit.*

¹²⁵⁹ R. OGIEN, *Le réalisme moral*, PUF, 1999, p3 s.

¹²⁶⁰ J-F. SPITZ, « Republicanisme et droits de l'homme », *Le Débat*, 1997/5 (n° 97), p48 s.

¹²⁶¹ R. OGIEN, *Le réalisme... op. cit.*

¹²⁶² Et du dualisme en ce qu'elle n'exclue pas une certaine porosité entre naturel et moral : R. OGIEN, *Le réalisme moral*, PUF, 1999, p3 s.

¹²⁶³ R. OGIEN, *Philosopher... op. cit.*

¹²⁶⁴ J. RAVAT, « Le réalisme moral analogique de Richard Boyd : enjeux, portée, limites », *Philosophia Scientiae*, p13 s.

¹²⁶⁵ R. OGIEN, Jusqu'où...préc.

¹²⁶⁶ R. OGIEN, *Philosopher... op. cit.*

¹²⁶⁷ *Ibidem.*

¹²⁶⁸ *Ibidem.*

* *

*

Dans le second cas, l'on se retrouve dans le domaine de la morale dans son **sens immanent**¹²⁶⁹. La morale sociale s'entend de la moralité qui se dégage des faits sociaux eux-mêmes. Là où la morale transcendantale se dégage par déduction, la morale sociale se dégage par induction¹²⁷⁰. On peut au demeurant en retenir deux approches : il y a d'un côté ceux qui, comme Lévy-Bruhl, adoptent une vision plutôt *descriptive* de la morale sociale (les mœurs proposent, la morale dispose)¹²⁷¹, de l'autre ceux qui, comme Durkheim, consacrent une vision plus *normative* de la morale sociale, (les mœurs disposent)¹²⁷². De manière générale, la morale sociale, eu égard au fait qu'elle s'appuie sur le fait majoritaire pour justifier une position, est contestable en ce qu'elle conduit à la tyrannie de la majorité¹²⁷³. Au demeurant, l'attitude qui consiste à justifier la sanction d'un crime sans victime par la référence à l'opinion dominante relève nécessairement du moralisme¹²⁷⁴.

Plus subtilement, entendre qu'une règle morale est nécessairement valide parce qu'elle est en vigueur depuis la nuit des temps relève du *sophisme de la tradition* et est tout aussi inacceptable d'un point de vue logique¹²⁷⁵.

Ceci étant, il convient de souligner qu'en droit, la notion de bonnes mœurs, qui sert peu ou prou à justifier certaines règles juridiques par la morale sociale, est de plus en plus mise de côté¹²⁷⁶. La tendance se serait presque inversée : la notion de déviance disparaît¹²⁷⁷, et le fait minoritaire est désormais protégé¹²⁷⁸.

Aussi, opposer l'atteinte à la morale pour justifier la prohibition de l'inceste est aujourd'hui inapte à fonder une règle de droit rationnelle.

¹²⁶⁹ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p365 s.

¹²⁷⁰ M. MEKKI, préc.

¹²⁷¹ *Ibidem*.

¹²⁷² Durkheim écrivit lui-même « *Il ne faut pas dire qu'un acte qui froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune. Nous ne le réprouvons pas psk qu'il ets un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons* ». Cité par : M. MEKKI, préc. Voir aussi : R. LENOIR, « Mœurs, morale et Droit chez Durkheim », *Droits*, n°19, 1994, p23 s. et D. ALLAND, « Les mœurs sont-elles solubles dans le Droit ? », *Droits*, n°19, 1994, p3 s.

¹²⁷³ M. MEKKI, préc.

¹²⁷⁴ J-B. LE BOHEC, préc.

¹²⁷⁵ R. MONVOISIN, *Pour une didactique de l'esprit critique : xététique & utilisation des interstices pseudoscientifiques dans les médias*, Thèse, Grenoble I, 2007, p239 s.

¹²⁷⁶ E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle : essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris II-Assas, 2015, p3 s. et J-Ph. PIERRON, *op. cit.*

¹²⁷⁷ C. GRIS, *op. cit.*, p507 s.

¹²⁷⁸ D. M. WEINSTOCK, Do the interests of children pose a moral limit to cultural rights ?, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *op. cit.*

Chapitre 2 : Les entités en lien direct avec l'union incestueuse

Etroitement liées à l'union incestueuse, ce serait également la Famille (Section 1) et la Société (Section 2) qui se trouveraient affectées par le fait incestueux.

Section 1 : La Famille

Pour savoir si l'inceste nuit à la Famille, encore faut-il s'entendre sur ce que l'on vise par « famille ». Si l'on pense aux individus particuliers qui la composent, alors il ne s'agit plus de la Famille, mais de personnes concrètes, dont nous étudions les potentiels préjudices ci-après. Si l'on pense à l'entité de famille, alors deux approches méritent d'être étudiées : d'une part la famille comme groupe humain, d'autre part la famille comme concept symbolique.

S'agissant de la famille comme **groupe humain** en premier lieu. On peut s'inquiéter de sa bien-portance à deux égards : l'inceste entraînerait sa destruction ou à tout le moins sa dégénérescence génétique.

Concernant sa prétendue *destruction* tout d'abord. L'inceste porterait atteinte à la paix des familles¹²⁷⁹ et mettrait ainsi en danger son intégrité¹²⁸⁰. L'argument est peu satisfaisant. En effet, l'idée que l'inceste créerait des désordres au sein d'une famille saine tend à être démentie par les études de terrain. Pour être exact, il convient de relever que les analyses psychosociologiques portant sur les familles incestueuses font état d'une désorganisation préexistante à la survenance d'un fait incestueux¹²⁸¹. Plus encore, la déstructuration du groupe familial serait la *cause* de l'union incestueuse et non sa *conséquence*¹²⁸² ! Dès lors prohiber l'inceste pour éviter les désordres familiaux se révèle être un non-sens. En tout état de cause, la justification paraît surannée pour le Droit. En effet, en interdisant l'inceste, on voudrait éviter les séductions intrafamiliales qui pourraient faire éclater les unions et donc le groupement familial¹²⁸³. Une telle préoccupation étonne quand on

¹²⁷⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p301 s. ; A. BÉNABENT, *op. cit.*, n°810 s. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD Civ. 1995. 249. ; D. GUEVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse », in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s. ; I. GALLMEISTER, « Nullité du mariage entre alliés en ligne directe : contrôle de proportionnalité », D. 2016. 2568.

¹²⁸⁰ Argument de l'intégrité présenté par exemple par l'arrêt Cass. Civ. 1ère, 08 décembre 2016, n° 15-27.201, FS-P+B+R+I.

¹²⁸¹ H. PARAT, *L'inceste*, Collection Que sais-je ?, PUF, 2010, p34 s. ; A. GREPILLAT, « L'inceste comme tabou au regard de la Loi », *Lettre d'information du Crians Rhône-Alpes*, octobre 2011, n° 24. ; D. VRIGNAUD, Les comptes de l'inceste ordinaire, in F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000, p7 s.

¹²⁸² B. CYRULNIK, préc. et T. HOCHMANN, préc.

¹²⁸³ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Tome I, Larose et Forcel, 1882, p264s. ; H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, p116 s. ; C. COLOMBET, *op. cit.*, n°28 s..

sait que le divorce est autorisé depuis 1792¹²⁸⁴ et que le groupe familial tend désormais à être construit et déconstruit à l'envi par l'individu¹²⁸⁵.

Concernant sa supposée *dégénérescence* ensuite. L'argument est récurrent : le juriste déplore les conséquences néfastes des unions consanguines¹²⁸⁶ et loue *a contrario* le « *résultat très heureux* » que donnerait « *la fusion des races* »¹²⁸⁷ (sic !). Avant toute chose, il convient de limiter la portée de l'argument : ce dernier n'a de valeur que pour les incestes consanguins, et au surplus uniquement si l'union a vocation à engendrer. On peut en effet tout à fait envisager aujourd'hui un couple incestueux ne désirant pas d'enfants !

Quelques rapides recherches en génétique des populations suffisent à comprendre que la consanguinité¹²⁸⁸ a fait et fait encore l'objet de beaucoup de fantasmes¹²⁸⁹. Comme l'a écrit Lacassagne lui-même : « *il fut un temps où un individu né de consanguins ne pouvait avoir de maladie, être laid, et même avoir des taches de rousseur, sans qu'on s'en prit à la consanguinité* »¹²⁹⁰. Si la consanguinité a en effet été l'objet d'un grand engouement scientifique au XIX^e siècle, les études qui traitèrent de la question à cette époque étaient défailantes d'un point de vue méthodologique¹²⁹¹. En effet, les généticiens étaient alors convaincus de ce qu'ils voulaient démontrer avant même d'entamer leurs recherches¹²⁹² : on assista à une querelle entre consanguinistes et anti-consanguinistes¹²⁹³. Les anticonsanguinistes attribuèrent aux unions consanguines tous les effets néfastes possibles et imaginables : abrutissement, surdimutité¹²⁹⁴, stérilité, épilepsie, albinisme, rétinite pigmentaire, bec de lièvre, sexdigitisme, pied-bot, malformations du cœur...en bref, « *la consanguinité a été accusée de tous les maux* »¹²⁹⁵ ! Cette exagération¹²⁹⁶ n'a pas été sans conséquences sur la prohibition civile de

¹²⁸⁴ La règle permissive fut supprimée en 1816 puis réintroduite définitivement en 1884 sous la III^e République.

¹²⁸⁵ Cf *supra* sur l'évolution du droit de la famille.

¹²⁸⁶ G. CORNU, *op. cit.*, p301 s.

¹²⁸⁷ H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *L. op. cit.*

¹²⁸⁸ E. GRANGE, *op. cit.*, p13 s. définit la consanguinité comme le lien de sang existant entre deux individus du fait d'un ancêtre commun. Voir aussi J-L. ROSSIGNOL, *Abrégé de génétique*, Masson, 1975, p164 s. pour qui « *la consanguinité résulte de l'union entre personnes possédant un certain degré de parenté* ».

¹²⁸⁹ E. GRANGE, *op. cit.*

¹²⁹⁰ Cité par : J. PENOT, *op. cit.*

¹²⁹¹ *Ibidem.*

¹²⁹² Le biais de raisonnement rappelle celui du Professeur Blondlot et de ses rayons N !

¹²⁹³ J. SUTTER & L. TABAH, « Effets des mariages consanguins sur la descendance », *Population* 1951, n° 1, p59 s.

¹²⁹⁴ La notion de surdimutité appelle déjà en elle-même la critique : la surdité et la mutité sont deux pathologies distinctes. La confusion vient sans doute du fait que beaucoup ignorent que les personnes sourdes peuvent parler. Et si elles ne le font pas, c'est généralement avant tout parce qu'elles ne le souhaitent pas, notamment parce que l'oralisation est historiquement synonyme de méconnaissance et mépris des Sourds. La communauté sourde s'exprime tout simplement autrement, en signant.

¹²⁹⁵ J. PENOT, *op. cit.*

¹²⁹⁶ J. SUTTER & L. TABAH, *préc.*

l'inceste, puisque les prétendus maux issus de la consanguinité sont parfois repris tels quels par les juristes au soutien de l'adhésion du droit à l'Interdit¹²⁹⁷.

Ce que l'on sait aujourd'hui¹²⁹⁸ c'est que les sujets apparentés présentent une plus faible diversité génétique que la moyenne¹²⁹⁹. La probabilité pour que leurs descendants possèdent deux copies identiques issues d'un même gène ancêtre, - soit le coefficient de consanguinité-, est donc accrue¹³⁰⁰. Cette particularité a une incidence sur un élément précis : le développement de maladies autosomiques récessives¹³⁰¹, c'est-à-dire de pathologies véhiculées par un chromosome non-sexuel¹³⁰² et qui se manifestent seulement lorsque le gène responsable est exprimé en double¹³⁰³. Ainsi, la consanguinité n'est pas créatrice de tares¹³⁰⁴, elle n'est qu'un vecteur amplifiant de tares déjà présentes dans l'ascendance de l'enfant¹³⁰⁵. Ainsi, si le couple apparenté est exempt de toute tare génétique¹³⁰⁶, l'enfant issu d'un inceste consanguin ne présente aucun risque particulier¹³⁰⁷.

Au demeurant, l'évaluation faite quant à la probabilité théorique d'un risque pour une maladie en particulier se fonde généralement sur l'idéal d'une population panmictique¹³⁰⁸, c'est-à-dire une population dans laquelle les unions sont purement aléatoires¹³⁰⁹. Or, on sait bien qu'il n'existe pas de réelle panmixie : les unions ne sont jamais parfaitement aléatoires étant entendu que l'on s'associe plus facilement avec quelqu'un de son milieu social, culturel, religieux etc¹³¹⁰. Dès lors, la proximité génétique d'une population est toujours sous-estimée et avec lui, le risque global de maladies récessives autosomiques. En France par exemple, le taux de consanguinité général qui règne serait de l'ordre de 0,6%¹³¹¹. La différence de risque entre un couple lambda et un couple apparenté s'en retrouve logiquement surestimé.

¹²⁹⁷ G. BAUDRY-LACANTINERIE *op. cit.*, p263 qui affirme que les unions consanguines causent la surdimutité et le crétinisme. Voir aussi M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, La Famille, par A. Rouast, LGDJ, 1952, p100 s. qui parlent d'épilepsie, de surdité et de folie.

¹²⁹⁸ Nous tenons à remercier très sincèrement Patrick Edery, généticien et Professeur en médecine à Lyon I pour avoir bien voulu répondre à nos questions sur le sujet. En espérant n'avoir pas dénaturé ce qu'il nous a dit.

¹²⁹⁹ C. THIBAUDIER, *Mariages consanguins, mariages « à risques »*, Thèse, Lyon I, 1952.

¹³⁰⁰ J-L. ROSSIGNOL, *Abrégé de génétique*, Masson, 1975, p164 s. ; J. & M. THOMPSON, *Précis de génétique médicale*, Doïn, 1978, p265 s. ; C. THIBAUDIER, *Mariages consanguins, mariages « à risques »*, Thèse, Lyon I, 1952. ; D. NG, « The Implications of Parental Consanguinity on the Care of Neonates. » *Adv Neonatal Care*. 2016 Aug;16(4):273-82.

¹³⁰¹ J-L. ROSSIGNOL, *op. cit.*

¹³⁰² *Ibidem*.

¹³⁰³ *Ibidem*. ; N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, p1 s. et D. GUEVEL, « La famille... », préc.

¹³⁰⁴ J. PENOT, *op. cit.*

¹³⁰⁵ E. GRANGE, *op. cit.*, qui explique que sauf mutation *de novo*, une maladie génétique s'explique forcément par la présence de gènes défaillants dans l'ascendance ! Voir aussi : B. CYRULNIK, préc.

¹³⁰⁶ Bien que cela appert peu probable.

¹³⁰⁷ J. PENOT, *op. cit.*

¹³⁰⁸ E. BINDER, *La Génétique des populations*, Paris, PUF, 1967, p20.

¹³⁰⁹ J. & M. THOMPSON, *op. cit.*

¹³¹⁰ B. CYRULNIK, préc.

¹³¹¹ D. GUEVEL, « La famille... », *op. cit.*

En fin de compte, il s'avère qu'à l'échelle d'un couple, les risques ne sont pas énormes¹³¹². Le risque moyen général de maladies autosomiques récessives, -seules pathologies pour lesquelles on enregistre une différence entre couples apparentés et couples lambdas-, est, toutes unions confondues, d'environ de 3%¹³¹³. Distinction faite, on peut penser que les couples lambdas s'exposent à un risque d'environ 2,9% et les couples apparentés à un risque légèrement augmenté : 3,4% pour les cousins germains, peut-être 4% pour les couples frères-sœurs et même 5% pour les couples parent-enfant¹³¹⁴. Si la différence est légèrement significative pour les incestes absolus, nous sommes tout de même loin d'une explosion du risque...on ne passe pas de 0,1% à 75% tel qu'on le pense parfois. En réalité, la consanguinité commence à poser vraiment problème lorsque les unions apparentées se répètent dans une même lignée¹³¹⁵...on attend généralement de compter 10 à 15 générations avant de pouvoir parler raisonnablement de « *dépression consanguine* »¹³¹⁶.

En outre, l'augmentation du risque dépend directement de la rareté de la maladie¹³¹⁷. Plus une maladie est rare, plus la différence de risque entre un couple lambda et un couple apparenté est élevé¹³¹⁸. Mais, par définition, il s'agit là de maladies rares, très rares mêmes : la probabilité est donc relativement augmentée, mais n'en demeure pas moins dans l'absolu très faible, infinitésimale même !¹³¹⁹

* *

*

S'agissant de la famille comme **entité purement symbolique** en second lieu. Là encore, deux idées peuvent se distinguer : il y a d'une part ceux qui craignent pour la survie de l'idée de famille puisque la famille serait définie *a contrario* de l'inceste ; et d'autre part ceux qui redoutent que la famille s'effondre si on lui retire ce qui serait son dernier fondement symbolique¹³²⁰.

Quant aux *premiers*, tout d'abord. La logique consiste à dire que la famille est définie à contre-jour de l'inceste. Pour le dire plus simplement, ce n'est pas « j'ai une famille, et toute relation avec un de ses membres est incestueuse » mais « voilà mon entourage et si une relation

¹³¹² J-M. USEO, *op. cit.*, p29 s. et J. & M. THOMPSON, *op. cit.*, p56 s.

¹³¹³ Statistiques communiquées par le Pr. EDERY.

¹³¹⁴ Ces chiffres sont approximatifs, aucune statistique précise n'existant sur ces unions.

¹³¹⁵ A. JACQUARD, *Concepts en génétique des populations*, Masson, 1977, p 40 s. ; D. GUEVEL, « La famille incestueuse », LPA, 2004, n°290, p2.

¹³¹⁶ J-M. USEO, *op. cit.*

¹³¹⁷ E. GRANGE, *op. cit.*

¹³¹⁸ http://campus.cerimes.fr/genetique-medicale/enseignement/genetique_2/site/html/5.html

¹³¹⁹ J-L. ROSSIGNOL, *op. cit.*

¹³²⁰ Par exemple : Ch. ESTROSI, « Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? », Mission parlementaire, Ministère de la justice, juillet 2015.

est incestueuse avec l'un d'entre eux c'est qu'il fait partie de ma famille ». En ce sens, la notion d'inceste serait consubstantielle à celle de famille¹³²¹ et parler de « famille incestueuse » se révélerait absurde¹³²². Lever ou affaiblir les traductions juridiques de l'interdit de l'inceste, -elles qui permettent donc justement de définir l'aire de la famille¹³²³-, ce serait mettre en danger la notion de famille elle-même... ! La logique semble quasi-imparable. On la trouve d'ailleurs en droit religieux¹³²⁴, ce qui nous permet de penser qu'elle en est peut-être issue. Qu'il soit d'origine religieuse ou non, l'argument semble se révéler aussi brillant qu'inutilisable par le législateur. Sa place semble être plutôt au panthéon des paradoxes, aux côtés d'un œuf, d'une poule et d'Epiménide¹³²⁵. À y réfléchir cependant, une objection peut être avancée : il est plus facile de délimiter l'inceste à partir de la famille puisque celle-ci peut être définie grâce à des critères fixes et objectifs, - les personnes à qui je suis liée par le sang jusqu'à tel degré, les personnes que j'ai légalement intégrées à ma famille par l'adoption etc. - ; tandis que l'inverse se révèle beaucoup moins aisé...définir qui appartient à ma famille en me servant de mon sentiment incestueux est périlleux car ce ressenti ne peut être que variable et subjectif¹³²⁶.

Quant aux *seconds*, ensuite. Ceux-là suggèrent que l'inceste a une valeur symbolique qui est par nature vitale pour la famille¹³²⁷. Ainsi, les rôles assignés à chacun de ses membres revêtiraient une importance en tant que telle¹³²⁸. Ils affirment que la symbolique et les représentations ne sont pas un simple effet de la formation familiale mais une condition de son existence¹³²⁹. A ce titre, la prohibition de l'inceste, qui attribue à chacun.e son rôle¹³³⁰, sa place¹³³¹, serait une condition *sine qua non* de la survie de la notion de famille¹³³². Sans interdit de l'inceste, pas de place généalogique attribuée à chacun.e et sans place généalogique attribuée à chacun.e, on aurait un magma de personnes liées par le sang, mais pas une famille. Là encore, l'argument est fort. Néanmoins, il est

¹³²¹ C. NEIRINCK, « Les empêchements fondamentaux du mariage » in La liberté fondamentale du mariage (O. LEDUCQ et J-J. LEMOULAND (dir.)), PUAM, 2009, p129 s

¹³²² D. GUEVEL, « La famille... », préc.

¹³²³ C. NEIRINCK, « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille ? », *Droit et famille*, novembre 2011.

¹³²⁴ A. MARX, *op. cit.*, p57 s.

¹³²⁵ En visant Epiménide, on fait référence au célèbre paradoxe du menteur aux termes duquel un homme déclarerait « Je mens maintenant ». Le paradoxe réside dans la véracité de l'affirmation. En effet, si le protagoniste dit la vérité, alors il ment, mais si il ment, alors il ne ment pas (et vice-versa).

¹³²⁶ B. CYRULNIK, préc.

¹³²⁷ D. FENOUILLET, « Du mythe... », préc. et « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », APD, n°57, 2014. qui pointe la place du symbolique dans le droit de la famille.

¹³²⁸ A. MICHEL, « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », APD, 1975, p127 s.

¹³²⁹ J-Ph. PIERRON, *op. cit.*, Voir aussi : D. SALAS, « L'inceste, un crime généalogique », *Melempous* n°7, 1996, p109 s.

¹³³⁰ A. GOUTTENOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père... », préc.

¹³³¹ P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », APD n°57, 2014. et A. FINE, « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'Homme*, n°205, 013, p99 s.

¹³³² C. TAPIA, « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *Connexions*, n°1, 2012, p15 s. qui écrit plus largement que « *La déconstruction de l'ordre moral et de l'ordre symbolique accompagne donc la mutation culturelle dé-sublimant la sexualité, abattant les cloisons entre le public, le privé, et l'intime, et banalise certaines perversités sexuelles* ».

purement péremptoire. Rien n'empêche en effet que l'on adopte une autre conception de la famille, affranchie dans une certaine mesure des places univoques, hiérarchisées et préétablies¹³³³. Le concept de famille n'est pas figé¹³³⁴. C'est d'ailleurs ce que semble considérer le droit positif¹³³⁵, qui laisse de plus en plus la place à la volonté, faisant de la famille une formation plus contractuelle qu'une fatalité à respecter. La fiction que constitue le modèle familial¹³³⁶ peut tout à fait être réinventée¹³³⁷.

Section 2 : La Société

Pour Aubry et Rau, l'union sexuelle entre individus parents est une « *faute grave (...) à l'égard de la société* »¹³³⁸. L'idée est souvent avancée par les juristes¹³³⁹ mais peut couvrir, si l'on y regarde bien, des idées différentes. De même que pour la famille, si la crainte portée sur la société vise en réalité les citoyens considérés individuellement, on se limitera à renvoyer à l'analyse qui suit et qui s'interroge sur les personnes concrètes affectées par le fait incestueux. Entendue au rebours comme un tout, la société peut être groupe humain ou entité symbolique.

Comme **groupe humain**, d'une part. Appréhendée comme telle, la société, si elle ne parvenait plus à repousser l'inceste de son sein, est parfois l'objet des pires prédictions : famine, déluge, sécheresse, monstruosité de tous les nouveaux-nés¹³⁴⁰ et autres cataclysmes¹³⁴¹ lui sont promis. Aussi, interdire l'inceste irait de la « *survie du groupe* »¹³⁴². Cette vision apocalyptique renvoie en réalité à l'idée d'une malédiction divine vengeant une transgression religieuse¹³⁴³.

Au-delà de cette crainte irrationnelle¹³⁴⁴, certains arguments semblent toutefois émerger et méritent notre attention : l'inceste serait responsable d'une dégénérescence diplomatique, économique et génétique susceptible de mener la société à sa perte.

¹³³³ M-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », APD n°57, 2014. qui relève que parler de rôles et de modèles apparaît de plus en plus réactionnaire.

¹³³⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p26 s. évoquant un sondage qui démontrerait l'absence d'attachement à une quelconque conception figée de la famille.

¹³³⁵ Aux termes de son arrêt Mazurek c/ France, 2000, n° 34406/97 (§52), la CEDH considère en ce sens que « *L'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique* ».

¹³³⁶ J-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chron. 133.

¹³³⁷ A-M. LEROYER, *op. cit.*, p10 s.

¹³³⁸ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition... *op. cit.*, p216 s.

¹³³⁹ F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, 7^{ème} édition, 2012, p1 s.

¹³⁴⁰ J. ANDRÉ, Le lit de Jocaste, in J. ANDRÉ *et alii*, *op. cit.*

¹³⁴¹ M. XANTHAKOU, L'inceste : rêves et réalités, in F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *op. cit.*

¹³⁴² Ph. MALAURIE & L. AYNÈS (dir.), *op. cit.*, p17 s.

¹³⁴³ F.M.A DEVAY, *op. cit.*, p66 s. qui écrit que « *ces sortes d'alliances entraînent après elles une idée de malédiction, parce qu'elles sont une violation de la loi religieuse qui les prohibe* ».

¹³⁴⁴ Irrecevable donc par un droit ou une morale rationnel(le).

Quant à la crainte d'une *dégénérescence diplomatique* tout d'abord. L'appréhension vient de l'idée que la prohibition aurait une fonction politique. En mélangeant les familles, on mélange les clans, qui renonceraient à se faire la guerre¹³⁴⁵. Dès lors, maintenir la proscription garantit la survie de la société. L'argument accuse quelques faiblesses.

En premier lieu car il est purement spéculatif¹³⁴⁶ : rien ne prouve que la société s'effondrerait effectivement si on levait l'interdit de l'inceste¹³⁴⁷.

En deuxième lieu car il est incohérent : il semble promouvoir l'échange des femmes entre tribus, alors que l'interdiction de l'inceste impose seulement l'échange des femmes entre familles...qui peuvent donc faire partie du même groupe social¹³⁴⁸.

En troisième lieu car il est inconsistant : rien n'empêche d'assurer la paix autrement que par le croisement des unions¹³⁴⁹. Quand bien même la prohibition de l'inceste permettrait de remplir cet objectif, ce n'est ni le seul moyen, ni le meilleur¹³⁵⁰.

En quatrième et dernier lieu car il a perdu en utilité et donc en crédibilité : aujourd'hui, à l'heure de la mondialisation, les groupes sociaux et les familles se mélangent d'eux-mêmes.

Quant à la crainte d'une *dégénérescence économique* ensuite. Ici, ce qui fonde l'argument, c'est l'idée que la famille aurait une fonction économique essentielle au bon fonctionnement de la société : elle serait à la fois unité de production et de consommation¹³⁵¹. La prohibition de l'inceste contribuerait à une promotion des flux humains et donc économiques¹³⁵² qui sont vitaux pour la société. A cet argument, les mêmes réponses peuvent être apportées : pure spéculation, inutilité manifeste à une époque d'échanges à grande échelle¹³⁵³ etc.

À cela, on peut ici en outre ajouter le caractère éminemment patriarcal d'une telle justification de la prohibition de l'inceste. Bien que cela soit rarement relevé, concevoir l'interdit de l'inceste sur l'idée d'un nécessaire échange de femmes¹³⁵⁴ est parfaitement sexiste. Ainsi que le souligne le sociologue Moscovici, justifier la condamnation de l'inceste par l'idée que les groupes

¹³⁴⁵ B. TYLOR, *On a method of investigating the development of institutions; applied to laws of marriage and descent*, Harrison & Sons, 1889 cité par J-M. USEO, *op. cit.*, p29 s. et par N. GLANDIER-LESCURE, *op. cit.*,. Voir aussi : P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard, Paris, 1985.

¹³⁴⁶ R. OGIEN, Halte à la panique morale ! in N. JOURNET (dir.), *op. cit.*

¹³⁴⁷ On n'a d'ailleurs jamais retrouvé de société qui se serait éteinte parce qu'elle aurait levé l'interdit !

¹³⁴⁸ L'anecdote historique de l'enlèvement des Sabines a dû influencer sur les idées de ceux qui défendent un tel argument.

¹³⁴⁹ S. MOSCOVICI, *op. cit.*

¹³⁵⁰ *Ibidem.*

¹³⁵¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p7 s.

¹³⁵² S. MOSCOVICI, *op. cit.*

¹³⁵³ N. MUSTAPHA, « Jérôme Wilgaux, Enric Porqueres i Gené (et al.), *Les incertitudes de l'inceste. Autour de l'anthropologie symbolique de Françoise Héritier*. Paris, *Revue Incidence* 9, coll. « Textes de références », 2013, 304 p. », *Archives de sciences sociales des religions*, 4/2014 (n° 168), p313 s.

¹³⁵⁴ Puisque c'est toujours ainsi que l'argument économique est présenté : F. HÉRITIER, « Entretien », *Raisons politiques*, 4/2005 (n°20), p113 s.

sociaux doivent s'échanger des femmes pour participer d'un mouvement économique global indispensable, c'est admettre une dissymétrie sociale qui attribue à l'homme le rôle de sujet et à la femme le rôle d'objet, -les hommes se séparent de « leurs » femmes, faisant ainsi un don qui appelle contre-don¹³⁵⁵, et cautionner ainsi l'exclusion des femmes du contrat social¹³⁵⁶. Un tel paradigme, et avec lui l'argument qui le soutient, ne peut être que rejeté¹³⁵⁷.

Quant à la crainte d'une *dégénérescence génétique* enfin. L'argument est soulevé ici à une échelle plus large que dans le cadre de la famille étudiée ci-avant. Il n'est plus question d'appauvrissement génétique d'une famille pouvant mener à sa disparition, mais de « l'abâtardissement de la race »¹³⁵⁸ de toute la société qui entraînerait la population humaine à son extinction. Le spectre de disparition de l'espèce humaine a de quoi motiver n'importe quelle règle morale ou juridique ! Mais n'est-elle pas un poil catastrophiste ? « *A tort ou à raison, c'est une opinion généralement répandue* » écrivent Colin et Capitant¹³⁵⁹. Qu'en est-il vraiment ?

Ce que l'on sait bien¹³⁶⁰, c'est que la consanguinité augmente légèrement le taux de mortalité *périnatale* -, c'est-à-dire peu avant et après la naissance¹³⁶¹ et qu'elle a un effet dépréciatif sur la reproduction¹³⁶² et donc sur la population qu'elle concerne¹³⁶³. Néanmoins, si à l'échelle d'une famille, la question pouvait être perçue, -bien qu'au prix de plusieurs générations-, à l'échelle d'une société toute entière, la conséquence est minime¹³⁶⁴. Si l'on permettait les unions consanguines, l'accroissement de la proximité génétique serait très faible. La différence est tellement négligeable que pour A. Jacquard, le résultat en est même contre-intuitif¹³⁶⁵. En réalité, le discours quasi eschatologique que tiennent les défenseurs de la prohibition de l'inceste relève d'une logique absurde : une véritable désagrégation de la société supposerait que toutes les unions soient consanguines...la prémisse du raisonnement prête à sourire : ce n'est évidemment pas

¹³⁵⁵ S. MOSCOVICI, *op. cit.*,

¹³⁵⁶ *Ibidem.*

¹³⁵⁷ En ce qu'il nuit directement aux femmes et est donc parfaitement immoral. Mais est-il nécessaire de le préciser ?

¹³⁵⁸ A. COLIN & H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 11^{ème} édition, Tome I, par Julliot de la Morandière, Dalloz, 1947, n°216 s.

¹³⁵⁹ *Ibidem.*

¹³⁶⁰ Et qui est parfois pointé par les ouvrages de droit, à l'instar de M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 12^{ème} édition, LGDJ, 1939, n°721. qui rapportent que « *Les enfants sont souvent atteints...ou ne vivent pas.* »

¹³⁶¹ S. KAPURUBANDARA *et alii*, « Consanguinity and associated perinatal outcomes, including stillbirth ». *Aust N Z J Obstet Gynaecol.* 2016 Dec;56(6):599-604.

¹³⁶² Cf *supra*.

¹³⁶³ M. FAREED & M. AFZAL, *préc.*

¹³⁶⁴ http://campus.cerimes.fr/genetique-medicale/enseignement/genetique_2/site/html/5.html

¹³⁶⁵ A. JACQUARD, *op. cit.*

parce que l'on lève l'interdit de l'inceste, que tout le monde va fonder une famille avec son frère ou sa mère¹³⁶⁶.

Ce que l'on sait moins, en revanche, c'est que la consanguinité ne se contente pas d'augmenter la probabilité qu'il naisse des enfants déficients. Elle augmente aussi la probabilité qu'il naisse des enfants anormalement performants¹³⁶⁷. Pour le comprendre, il faut avoir en tête que la consanguinité ne crée rien, mais est simplement un catalyseur : elle accentue les caractéristiques génétiques déjà présentes dans une famille¹³⁶⁸. Or, dans un brassage génétique normal, panmictique ou presque, la différence existant entre deux allèles d'un même gène, - héritage de chacun des parents-, permet de neutraliser les maladies récessives autosomiques, puisque celles-ci ne se manifestent que lorsque l'allèle est présent en double¹³⁶⁹....mais réduit aussi au silence les caractéristiques positives d'un allèle récessif lorsqu'il n'est présent qu'en un seul exemplaire. En bref, là où la reproduction aléatoire normalise, la consanguinité fait ressortir les tares d'une famille mais aussi ses avantages génétiques¹³⁷⁰. La consanguinité est d'ailleurs souvent utilisée comme outil de perfectionnement d'une espèce dans les croisements d'animaux !¹³⁷¹ Partant, en tant que facteur de progrès, l'endogamie pourrait parfaitement être considérée comme un atout pour la société et non comme un vice pour elle¹³⁷².

Notons au passage que si la question est très rarement exploitée pour l'espèce humaine, c'est surtout parce que la médecine vise à soigner les malades plus qu'à perfectionner les bien-portants. En sus, il est plus délicat de repérer et de classer les enfants issus d'inceste selon leur qualités hors-normes que selon leurs pathologies : personne ne se fait remarquer, -et donc ne se plaint-, lorsqu'il est très beau, très fort, très intelligent. Il est au surplus plus subtil d'apprécier la « bonne » condition de quelqu'un que sa faiblesse. Les qualités se manifestant au demeurant plutôt dans la durée, de telles études impliqueraient une certaine ingérence à long terme dans la procréation des couples concernés, qui est éloignée de ce que l'on connaît aujourd'hui et donc peu mise en œuvre¹³⁷³.

* *

*

¹³⁶⁶ Cette logique n'est pas sans rappeler celle tenue par certains opposants au mariage pour tous. Quelques-uns d'entre eux (pas tous) s'inquiétaient de l'avenir de l'espèce humaine, alors pourtant que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe ne pouvait pas raisonnablement avoir pour effet de rendre homosexuel.le.s tous les français.e.s.

¹³⁶⁷ N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*, p1 s.

¹³⁶⁸ *Ibidem*.

¹³⁶⁹ Cf *supra*.

¹³⁷⁰ J. SUTTER & L. TABAH, préc.

¹³⁷¹ On renvoie aux travaux de F. MINVIELLE, *Principes d'amélioration génétique des animaux domestiques*, Inra, 1990.

¹³⁷² J. SUTTER & L. TABAH, préc.

¹³⁷³ Mais pas complètement délaissée. Bien que marginales, les études se penchant sur la question seraient de plus en plus nombreuses.

Comme **entité symbolique**, d'autre part. L'argument est ici plus difficile à saisir que pour la préoccupation liée à la notion de famille. On retrouve néanmoins l'idée d'une fonction symbolique de l'interdit¹³⁷⁴, qui structurerait et préserverait la société¹³⁷⁵.

La première difficulté de cet argument tient à la consistance des travaux portant sur le sujet. En effet, il est facile de remarquer que le référentiel depuis lequel se base celles et ceux qui voient dans l'interdit un fondement de la société n'est jamais le même¹³⁷⁶. Freud se fonde sur l'inceste frère-soeur, Lévi-Strauss sur l'inceste mère-fils et Françoise Héritier sur l'inceste mère-fille. Ce premier élément de critique, bien qu'il ne remette pas en cause l'argument en substance, permet déjà de mettre un doute sur la force de celui-là.

La seconde difficulté rejoint celle évoquée par rapport à la famille : il est difficile d'imaginer, -pour elle plus encore que pour la famille-, que la société soit *réellement* fondée sur la prohibition de l'inceste. Ne peut-il pas y avoir de société sans proscription des relations entre proches parents ? La question semble à première vue irrésolvable car l'inceste n'a pas de définition fixe¹³⁷⁷. Rappelons toutefois que certains.e.s considèrent que la prohibition n'est pas universelle¹³⁷⁸. Cela étant, il paraît plus logique que ce soit la société qui crée la prohibition que l'inverse¹³⁷⁹. Enfin, rien n'empêche au contraire que l'on redéfinisse alors la notion de société !

Pour Moscovici par exemple, il faut se résoudre à admettre que « *bien piètre doit être notre civilisation d'avoir pour soutien majeur un pilier aussi incertain et aussi frêle que celui-là!* »¹³⁸⁰.

En fin de compte, on constate que lorsqu'on les détaille, les arguments avancés en référence à des entités abstraites pour justifier de la prohibition de l'inceste ne sont pas tous pleinement convaincants.

En outre, on remarque que les arguments présentés dans cette première partie et utilisés pour justifier de la prohibition de l'inceste font appel à des entités en tant que *valeurs*. Cette démarche intellectuelle ne peut être que rejetée. D'un point de vue de l'éthique minimale d'Ogien, vers laquelle semble tendre le droit contemporain, les torts faits à des entités abstraites ne relèvent pas de ceux qui sont à prendre en compte et ne peuvent donc être jugés immoraux. D'un point de vue purement juridique, un tel fondement risque *in fine* d'être banni en ce que l'appel à des entités abstraites appert contraire à la logique nouvellement rationnelle du Droit.

¹³⁷⁴ A. NAOURI, Un inceste sans passage à l'acte, *in* F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *op. cit.*, qui évoque une clef de voute de l'ordre symbolique. Voir aussi : A. BATTEUR, « L'interdit... », préc.

¹³⁷⁵ F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *op. cit.*

¹³⁷⁶ H. PARAT, *op. cit.*, p34 s.

¹³⁷⁷ Cf les propos introductifs.

¹³⁷⁸ Déjà cités : A. BATTEUR, *op. cit.*; N. GLANDIER LESCURE, *op. cit.*; S. MOSCOVICI, *op. cit.*

¹³⁷⁹ S. MOSCOVICI, *op. cit.*,

¹³⁸⁰ D. GUEVEL, « La famille... », préc.

Partant, il convient de nous tourner plutôt vers les personnes physiques présentées comme préjudiciées par le fait incestueux : elles seules semblent pouvoir encore être à même de donner une raison de maintenir l'interdit.

Titre II : La protection de personnes concrètes : un fondement à relativiser

Outre les entités abstraites, on accuse l'inceste de nuire concrètement à des personnes physiques. Qu'elles en soient simplement spectatrices (Chapitre 1) ou plus directement actrices (Chapitre 2), toutes les personnes en lien avec le fait incestueux seraient ainsi des victimes en puissance.

Chapitre 1 : Les personnes gravitant autour de l'union incestueuse

Qui, mis à part les membres du couple apparenté et leur(s) enfant(s), est concerné par le fait incestueux au point de pouvoir être affecté par une situation d'inceste ? À bien y regarder, deux cercles concentriques semblent se dessiner : la famille proche de l'union (Section 2) et plus largement le tout-venant (Section 1) seraient ainsi potentiellement blessés par la simple existence d'une union incestueuse.

Section 1 : Les concitoyens en général

Flotte dans le discours ambiant relatif à l'inceste l'idée que les unions incestueuses seraient préjudiciables à Monsieur ou Madame tout le monde. On ne pense bien évidemment pas ici à un préjudice physique, -on ne voit en effet pas très bien ce que cela couvrirait-, mais au préjudice psychologique résultant du choc émotionnel que causerait la connaissance d'une situation dérangeante. L'argument peine à convaincre.

Tout d'abord, il est peu ou prou cyclique. Le préjudice argué ici sert, -rappelons-le-, à disqualifier la moralité du fait incestueux. Or, ledit préjudice résulte de la gêne que provoque l'idée qu'une union incestueuse existe. Mais cette gêne n'est que la manifestation à échelle individuelle de ce que la prohibition est ancrée dans la société.

Ensuite, il mériterait d'être vérifié par des études de terrain. L'inceste cause-t-il vraiment un quelconque préjudice psychologique digne de ce nom aux citoyens qui en apprennent l'existence ? La surprise et la désapprobation semblent en effet pouvoir être distingués d'un véritable préjudice.

En sus, ainsi que le relève Ogien, notons que les préjudices résultant des offenses faites à des valeurs, - en admettant qu'ils existent-, sont quasi-impossibles à mesurer. Pour évaluer un préjudice, il faut en effet pouvoir comparer l'état actuel à l'état dans lequel elle se serait trouvée si elle n'avait pas été confrontée au fait qui l'a affectée. En l'occurrence, on a du mal à concevoir qu'on pût jauger l'état du tout-venant en recherchant ce qu'il aurait été s'il n'avait pas eu connaissance de la transgression !

Enfin, quand bien même on reconnaîtrait l'existence de tels préjugés et qu'on parviendrait à en soupeser un tant soit peu l'étendue, nous sommes en droit de nous demander s'il est moralement pertinent de les prendre en compte. En effet, il ne s'agit là que de torts causés *indirectement* à autrui, qui, dans une optique minimaliste, sont voués à être ignorés¹³⁸¹. En faire cas constituerait une extension abusive du principe de non-nuisance, complice conscient ou inconscient d'un retour pervers des valeurs transcendantales et de la tyrannie de la majorité¹³⁸².

Ignorer les torts psychologiques que l'inceste est susceptible de causer aux citoyens non-directement concernés par sa manifestation, ce n'est pas revoir notre posture morale à la baisse, mais c'est, au contraire, la renforcer en exigeant de la société une attitude tolérante¹³⁸³. A cet égard, rappelons que la tolérance s'entend du fait de s'abstenir de toute intervention dans les opinions et les actions d'autres personnes quand bien même elles apparaissent désagréables, déplaisantes ou immorales¹³⁸⁴.

La tolérance est le simple corollaire du principe de non-nuisance¹³⁸⁵ et constitue la réponse libérale¹³⁸⁶ à l'ingérence morale dénoncée par l'éthique minimale. Certain.e.s font de la tolérance une ligne de conduite morale molle et relativiste. Pourtant, il n'en est rien. La tolérance n'a rien de *mou* d'une part : elle est une vertu morale¹³⁸⁷ très contraignante¹³⁸⁸ puisqu'elle requiert une posture de retrait face aux choix moraux des autres¹³⁸⁹, ce qui est difficile en ce que cela peut être contraire au penchant moraliste naturel que l'humain a parfois¹³⁹⁰. La tolérance n'a rien de *relativiste* d'autre part : elle ne s'interdit pas de juger mauvais les choix moraux des autres, mais refuse seulement qu'ils soient étouffés¹³⁹¹. En ce sens, la tolérance consacre tout simplement un *droit à l'erreur morale*¹³⁹². Dès lors, craindre que tolérer un fait veuille dire l'encourager constitue un parfait contre-sens¹³⁹³.

¹³⁸¹ J-B. LE BOHEC, « Le droit et l'éthique minimale de Ruwen Ogien », 2016 (communication personnelle).

¹³⁸² R. OGIEN, *La vie, la mort, l'Etat : le débat bioéthique*, Grasset, 2009, p15 s.

¹³⁸³ A. BENABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in T. REVET et alii, *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p 27 s. qui juge intolérante les grandes ingérences faites parfois dans la vie familiale.

¹³⁸⁴ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *La philosophie morale*, PUF, 3^{ème} édition, 2013, p111 s.

¹³⁸⁵ *Ibidem*.

¹³⁸⁶ Ch. LARMORE, *Modernité et morale*, PUF, 1993, p161 s. ; J-Ph. FELDMAN, « Faut-il protéger l'Homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, n°48, 2008, p87 s.

¹³⁸⁷ M. MEKKI, Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits, in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011.

¹³⁸⁸ R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset & Fasquelle, 2004, p9 s.

¹³⁸⁹ C. HALPERN, La pensée morale à l'épreuve de la diversité in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.

¹³⁹⁰ R. OGIEN & M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*

¹³⁹¹ R. OGIEN, *Mon dîner chez les cannibales (et autres chroniques du monde d'aujourd'hui)*, Grasset, 2016, p19 s.

¹³⁹² J-Ph. FELDMAN, « Faut-il protéger l'Homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, n°48, 2008, p87 s.

¹³⁹³ On pense notamment à E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle : essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris II-Assas, 2015, p3 s., pour qui « *l'heure n'est plus à la tolérance mais bel et bien à l'encouragement* » s'agissant des déviances sexuelles, puisque celles-ci seraient désormais reconnues par le Droit.

Section 2 : L'entourage proche

Par « entourage proche », on pense à toutes les personnes qui connaissent personnellement les protagonistes du fait incestueux. Elles peuvent en être victimes à deux égards : soit l'union incestueuse leur a causé un tort personnel en étant à l'origine de la rupture de leur propre union, - par exemple si ma mère a séduit mon époux -, soit l'union les gêne car elle leur paraît dérangeante en elle-même.

La **première hypothèse**, souvent visée par les juristes¹³⁹⁴, ne concerne *a priori* que les incestes de second type¹³⁹⁵. Il s'agit là de la situation la plus contrariante. A cet effet la prohibition de l'inceste servirait à éviter les jeux de séduction intrafamiliaux, -souvent traitées de « *passions troubles* »¹³⁹⁶ -, qui ruinent les unions déjà formées. A cela, il est possible d'apporter quelques éléments de réponse permettant de nuancer l'utilité de la réprobation juridico-morale de l'inceste. Tout d'abord, on peut souligner que le trouble psychopathologique subi par les proches membres du couple désormais désuni n'est pas dû à l'inceste *per se*, mais à la « *trahison affectueuse* » dont ils sont victimes¹³⁹⁷. Ce n'est pas parce que ma mère a épousé mon partenaire que je souffre, mais parce que deux personnes qui me sont chères violent la confiance que j'avais en eux. Il n'y a ici rien de spécifique à l'inceste. Par ailleurs, la réprobation de ces unions peut être inefficace¹³⁹⁸ voire contre-productive¹³⁹⁹ : certains braveraient l'interdit justement parce qu'il est interdit ; par simple esprit transgresseur en somme. Au demeurant, l'argument semble un peu surfait¹⁴⁰⁰.

La **seconde hypothèse** semble quant à elle assez aisée à réfuter. De deux choses l'une en effet : soit la gêne ressentie par le proche est indifférente au lien de proximité qu'il entretient avec les auteurs du fait incestueux et dans ce cas, tout comme pour les concitoyens en général, elle tire directement son origine de la réprobation sociale des unions incestueuses, - de la société donc-, et

¹³⁹⁴ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Tome I, Larose et Forcel, 1882, p264s. qui écrit que « *Enlever aux proches parents qui vivent sous le même toit tout espoir de mariage, c'est les détourner de l'idée d'un commerce criminel* » ; H. L. J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil, 3^{ème} volume, La famille*, par L. LEVENEUR, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1995, p116 s. qui écrit que « *Il est préférable d'enlever aux personnes – parents ou alliés – tout espoir de mariage ; des relations s'établiraient plus facilement entre elles, si elles pensaient pouvoir les régulariser par la suite.* » ; Voir aussi : C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 6^{ème} édition, 1999, n°28 s. Néanmoins, il est utile de préciser que si l'hypothèse est souvent utilisée par les juristes, elle ne sert jamais ou rarement à déplorer les souffrances qu'un tel risque engendre pour les proches, mais plutôt pour décrier le risque que cela détruit le modèle classique familial, qui représente pour eux une valeur en soi, indifférente *a priori* des malheurs personnels de ses membres.

¹³⁹⁵ A moins que l'union rompue ait été elle-même incestueuse...

¹³⁹⁶ Par exemple : D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2013, p90 s.

¹³⁹⁷ D. GUEVEL, « La famille incestueuse », LPA, 2004, n°290, p2.

¹³⁹⁸ J. HAUSER, « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », RTD civ. 2005. 758.

¹³⁹⁹ D. GUEVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse », in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s.

¹⁴⁰⁰ P. NICOLEAU, *Droit de la famille*, Ellipses, 1995, p43 s.

non de l'inceste ; soit cette gêne découle de la proximité qu'a le proche avec la relation incestueuse et dans ce cas elle résulte également de la réprobation sociale de l'interdit, mais cette fois directement, - le proche a honte par procuration-, soit indirectement, - le proche a fait sienne la réprobation au point de se sentir responsable de ne pas avoir empêché l'éclosion de l'union-. À ce titre, l'inceste n'est pas la cause de la gêne, elle en est simplement l'objet.

En tout état de cause, de tels préjudices semblent n'être que des *effets collatéraux* du fait incestueux et en aucun cas des *torts directs* en résultant, et doivent pouvoir être écartés de la considération morale minimaliste. Pour rappel, si une approche littérale de l'éthique minimaliste semble circonscrire l'indifférence morale aux rapports de soi à soi, de tels rapports sont quasi-idéels¹⁴⁰¹. Aussi, personne ne vivant dans un « îlot isolé », il est évident que tous nos actes, même les plus personnels et auto-centrés, peuvent avoir des retombées négatives sur autrui¹⁴⁰². Qui cherche des victimes en trouvera toujours¹⁴⁰³. Ce constat ne doit néanmoins pas mettre en échec l'objectif et la défense d'une morale minimale ; les souffrances exprimées par des personnes tierces à l'acte concerné sont aussi vagues que infinies et réouvrent la porte du moralisme que l'éthique minimale s'était pourtant appliquée à fermer¹⁴⁰⁴. Partant, il convient de les en exclure.

Chapitre 2 : Les personnes au coeur de l'union incestueuse

La prohibition de l'inceste est souvent justifiée par le souhait de protéger l'enfant issu d'une union incestueuse (Section 1). Plus rarement, elle l'est aussi par la volonté de protéger les membres du couple incestueux eux-mêmes (Section 2). Paternaliste pour l'une, arbitraire pour l'autre, ces motivations aspirent aujourd'hui à être réexaminées.

Section 1 : Le couple incestueux

Notre étude se cantonnant à l'inceste tel qu'il est traité par le droit civil, la question des torts résultant de relations non-consenties, -de violences incestueuses donc-, devrait être *a priori* exclue, celle-ci étant réglée par le droit pénal. Pourtant, ici le problème réside dans le fait que les torts subis par un couple incestueux résulteraient justement de l'absence d'un véritable consentement de l'un.e au moins des intéressé.e.s. En somme, un individu prenant part à un inceste serait soit non-consentant, -il y a alors absence de consentement-, soit pas vraiment

¹⁴⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle », D. 2008. 31.

¹⁴⁰² *Ibidem*.

¹⁴⁰³ R. OGIEN, *La vie... op. cit.*

¹⁴⁰⁴ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007, p76 s.

consentant, - il y a alors vice de consentement¹⁴⁰⁵. Pour le dire autrement, un inceste ne pourrait être librement consenti ; dès lors une relation incestueuse ne peut que nuire à l'un ou aux deux membres de l'union, qui serai(en)t alors en proie à des troubles psychopathologiques graves et irréversibles¹⁴⁰⁶. « *Il n'existe pas d'inceste heureux* », peut-on ainsi lire¹⁴⁰⁷.

Pourtant, il ne faut pas confondre les conditions dans lesquelles un acte est généralement fait et l'acte lui-même¹⁴⁰⁸. Au surplus, aussi rares soient-elles, les relations incestueuses consenties existent réellement dans les faits¹⁴⁰⁹. Rien d'étonnant toutefois à ce que le juriste français confonde inceste et violences incestueuses lorsque l'on voit l'amalgame systématique qui est fait par presque tous ceux qui traitent du sujet. On peut ainsi relever que les livres phares sur la question, généralement interdisciplinaires, sont intitulés *L'inceste*¹⁴¹⁰ ou *Incestes*¹⁴¹¹ alors qu'ils ne traitent quasi-exclusivement que de violences incestueuses¹⁴¹². Il en va de même des témoignages de victimes de violences incestueuses¹⁴¹³. A-C. Ambroise-Rendu remarque que ce paradigme est assez récent¹⁴¹⁴. Après une courte période durant laquelle la littérature a osé suggérer que l'inceste pouvait être consenti et mener au bonheur¹⁴¹⁵, le XX^e siècle a connu une dramatisation de l'inceste découlant de la prise de conscience de l'horreur et de l'extrême fréquence des violences intra-familiales¹⁴¹⁶. La création à sa suite d'associations luttant contre les violences incestueuses mais intitulées de façon trompeuse *SOS Inceste*¹⁴¹⁷, *Inceste pour revivre*¹⁴¹⁸, ou *Association internationale des victimes de l'inceste*¹⁴¹⁹ et la sémantique utilisée¹⁴²⁰, - « survivant de l'inceste », « victime d'inceste »

¹⁴⁰⁵ Par exemple : P. ATTIGUI, « Inceste, destructivité et processus thérapeutique », in *Le Journal des psychologues*, n°207, mai 2013.

¹⁴⁰⁶ J. ANDRÉ, « Le lit de Jocaste », in J. ANDRÉ *et alii*, *Incestes*, PUF, 2001.

¹⁴⁰⁷ De la part d'un juge des enfants, on en attendait cependant pas moins ... ! : D. VRIGNAUD, *Les comptes de l'inceste ordinaire*, in F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000, p7 s.

¹⁴⁰⁸ R. OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, 2003, p1 s. qui s'étonne que la dénonciation des conditions d'exercice de la pornographie pousse à décrier la pornographie elle-même et non lesdites conditions. Ogien tient par ailleurs le même discours sur la prostitution.

¹⁴⁰⁹ Cf *supra*. On renvoie notamment sur ce point à l'introduction de notre étude.

¹⁴¹⁰ H. PARAT, *L'inceste*, Collection Que sais-je ?, PUF, 2010 et très récemment I. AUBRY et G. LOPEZ, *L'inceste*, Dunod, 2017.

¹⁴¹¹ J. ANDRÉ *et alii*, *op. cit.*

¹⁴¹² Les auteurs de ces livres sont psychologues, psychanalystes, anthropologues, pénalistes ou victimes de violences incestueuses...jamais civilistes ou adultes consentants ! Il y a ici clairement un biais de domaine de compétence.

¹⁴¹³ Voir par exemple Ch. ANGOT, *L'inceste*, Stock, 1999 et ANONYME, *Jours d'inceste*, Payot, 2017.

¹⁴¹⁴ A-C. AMBROISE-RENDU, « L'inceste doit-il être interdit par le droit ? Deux siècles d'incertitude (1810-2010) », *Esprit*, 5/2012 (Mai), p17 s.

¹⁴¹⁵ Voir notamment les romans de Zola, Chamson et Bazin. (cités par Ambroise-Rendu, préc.)

¹⁴¹⁶ Les statistiques indiquent que 57% des viols sur mineurs sont commis en famille. On pense également au témoignage bouleversant d'Eva Thomas qui a levé le voile sur la question dans les années 80. (Voir en ce sens : Ambroise-Rendu, préc.)

¹⁴¹⁷ Créée en 1986 (<http://sos-inceste-grenoble.org/>)

¹⁴¹⁸ Créée en 1994 (<http://www.sos-inceste-pour-revivre.org/>)

¹⁴¹⁹ Créée en 2004 (<https://aivi.org/>)

¹⁴²⁰ On notera d'ailleurs avec beaucoup d'étonnement la rubrique « Utilisons les bons mots pour parler d'inceste » proposée par l'AIVI et dans laquelle on nous suggère de parler d'inceste plutôt que d'abus sexuel... ! (<https://aivi.org/vous-informer/actualites/2578-utilisons-les-bons-mots-pour-parler-d-inceste.html>)

« enfant inceste-tué »¹⁴²¹ etc., aura fini d'entériner la confusion entre *inceste* et *violences incestueuses*¹⁴²².

Aussi, il était inévitable que la réception de l'inceste par le juriste français soit de plus en plus biaisée. Ainsi, à chaque décision de justice rendue, en France ou ailleurs, les commentaires trahissent les présupposés de leurs auteurs : inévitablement, une relation incestueuse ne peut être qu'extorquée. Elle est en ce sens le résultat soit d'une violence sexuelle, soit d'une « *séduction perverse au long cours* »¹⁴²³. Dans l'arrêt de la Haute Cour rendu le 8 décembre 2016¹⁴²⁴, on insistera ainsi sur le fait que la femme fut symboliquement l'enfant de son futur conjoint durant neuf années, suggérant ainsi qu'elle est nécessairement sous son emprise¹⁴²⁵. On citera l'arrêt *Stübing* rendu par la CEDH en 2012¹⁴²⁶ dans lequel la Cour a jugé proportionnée l'atteinte à l'article 8¹⁴²⁷ faite par l'Allemagne à l'encontre d'un couple frère-sœur, en ce que la protection de l'autodétermination sexuelle le justifiait¹⁴²⁸, en faisant passer la décision pour preuve qu'une relation incestueuse ne peut être consentie¹⁴²⁹ alors que l'arrêt suggère le contraire¹⁴³⁰. On taira en revanche l'arrêt *Muth v. Frank* rendu par une cour d'appel américaine en 2005 dans lequel le caractère consenti de la relation frère-sœur était parfaitement reconnu¹⁴³¹.

En définitive, le juriste français, et plus particulièrement la Doctrine française, surexploite les éléments qui vont dans son sens et interprète *a contrario* ou ignore les décisions qui vont en sens contraire, sans même paraître s'en rendre compte. Si l'on regarde en arrière, on retrouve d'ailleurs ce genre de logique pour les relations sexuelles hors-mariage : avant qu'elles ne soient admises, on considérerait facilement que le droit les rejetait car elles auraient été le fruit d'un glissement semi-consentant, là où les relations effectuées dans le cadre du mariage auraient résulté d'une véritable volonté¹⁴³².

¹⁴²¹ D. VRIGNAUD, préc.

¹⁴²² Pour un magnifique exemple de confusion la plus totale, lire : J-L. VIAUX, « La loi qui interdit et légitime l'inceste en même temps », disponible à <http://www.slate.fr/story/129248/loi-inceste> (dernière consultation le 10 novembre 2017), qui affirme qu'il faut « rendre l'inceste imprescriptible » (sic !).

¹⁴²³ H. PARAT, *op. cit.*, p34 s.

¹⁴²⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 08 décembre 2016, n° 15-27.201 (n° 1450 FS-P+B+R+I), préc.

¹⁴²⁵ J. HOUSSIER, « Le mariage entre alliés devant la Cour de cassation : Acte II », AJ fam. 2017. 71. ; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Feu mon ex-beau-père et mari, feu mon mariage », RJPF, 2017, n°2.

¹⁴²⁶ CEDH, *Stübing c/ Allemagne*, 2012, n°43547/08

¹⁴²⁷ Rapport annuel 2012 de la CEDH, p93.

¹⁴²⁸ L'autodétermination sexuelle protège la capacité à consentir réellement à des relations charnelles. En cherchant à la protéger, on admet les relations consenties et on rejette celles qui ne le sont pas.

¹⁴²⁹ J-P. MARGUÉNAUD, « Lemon incest », RTD civ. 2012. 285.

¹⁴³⁰ C. GRIS, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, Thèse, Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, p507 s. Voir le communiqué de presse de l'arrêt *Stübing* qui rend compte d'une effective dépendance en l'espèce : « il résultait que la sœur de l'intéressé était timide et introvertie, et que celle-ci se trouvait sous la coupe de son frère ». En ce sens aussi, voir la note d'information sur la jurisprudence de la Cour, n°151, Avril 2012 qui relève que « La sœur de l'intéressé souffre d'un trouble de la personnalité et est très dépendante de son frère. »

¹⁴³¹ United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *Muth v. Frank*, 412 F3d 808, 2005. Dans cette décision, il s'agissait d'un couple frère-sœur ayant construit une véritable vie de famille sur le long terme. La sœur s'était faite stérilisée pour attirer la clémence des tribunaux...le couple a tout de même été condamné à de la prison.

¹⁴³² J. CARBONNIER, *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002, p7 s.

Mais alors, comment savoir si un couple incestueux est véritablement consentant ? Pour y répondre, on doit déjà être en mesure de comprendre ce que recouvre la notion de consentement. On en distingue à cet égard généralement deux versants : l'action de consentir peut consister dans le fait d'approuver ou de ne pas refuser¹⁴³³. En réalité, ce qui pose problème n'est pas de savoir ce qu'on tolère ou pas, -chacun s'accorde à condamner les relations non-consenties et à admettre celles qui le sont-, mais plutôt de savoir quel niveau de consentement on exige¹⁴³⁴. On peut de suite écarter l'idée qu'un consentement non-qualifié, c'est-à-dire qui ne revêt aucune qualité, suffise. On préfère généralement exiger du consentement qu'il soit libre et éclairé¹⁴³⁵.

Libre d'une part. À ce stade déjà, la difficulté jaillit. Doit-on se satisfaire de la liberté de l'acte, -je fais ce que je veux-, ou exiger plus, à savoir la liberté de la volonté, -je fais comme je veux vouloir-¹⁴³⁶ ? La deuxième hypothèse nous semble trop exigeante : elle est trop utopique pour être retenue d'un point de vue moral et trop difficile à prouver pour être exigible par le législateur¹⁴³⁷.

Eclairé d'autre part. Là encore, deux niveaux d'exigence semblent s'opposer : on peut se suffire d'un consentement suffisamment éclairé, -je sais *grosso modo* à quoi je m'engage-, ou réclamer un consentement parfaitement éclairé, -j'ai conscience de tous les enjeux liés à mon choix ainsi que de mes propres déterminismes-. Ici aussi, la deuxième hypothèse semble bien trop contraignante ! On sait bien que « *la liberté humaine n'est jamais totale et inconditionnelle* »¹⁴³⁸ et qu'exiger un consentement total et absolu ne peut être qu'une entreprise vouée à l'échec¹⁴³⁹.

In fine, il faut bien admettre qu'on ne pourra jamais s'assurer d'un consentement parfait, et ce, dans aucun domaine. Cette donnée doit nous rester à l'esprit dans le débat sur l'inceste.

La nouvelle problématique qui apparaît est alors de savoir quel niveau de preuve on choisit d'exiger d'une relation, pris en compte le fait que certaines sont propices à une forme de dépendance rendant plus délicate l'assurance d'un véritable consentement, à l'instar des relations incestueuses¹⁴⁴⁰. Le consentement peut s'appréhender de trois manières : une manière subjective, -je le veux-, une manière comportementale, -j'ai montré une attitude qui indique que je le veux-,

¹⁴³³ M. MARZANO, *L'éthique appliquée*, PUF, 2^{ème} édition, 2015, p90 s. ; M. MARZANO, « Le mythe du consentement », *Droits*, n°48, 2008, p109 s.

¹⁴³⁴ M. MARZANO, *ibid.*

¹⁴³⁵ N. CAMPAGNA, Quelle morale sexuelle ?, in N. JOURNET (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.

¹⁴³⁶ *Ibidem.*

¹⁴³⁷ M-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995. 593.

¹⁴³⁸ M. MARZANO, *L'éthique... op. cit.*, Voir aussi : R. OGIEN, *L'éthique... op. cit.*, p169 s.

¹⁴³⁹ R. OGIEN, *ibid.*, p122 s.

¹⁴⁴⁰ C. GUÉRY. « L'inceste : étude du droit pénal comparé », *D.* 1998. 47.

une manière mixte, -je le veux et de mon attitude se dégageait le fait que je le veux-¹⁴⁴¹. Au demeurant, il ne faut pas dans un système exiger de preuve trop difficile à rapporter, au risque de réfuter tout consentement libre et éclairé à qui que ce soit, ni adopter un régime qui soit contradictoire ou arbitraire¹⁴⁴². Enfin, il faut ne faut pas céder au pseudoparadoxe soulevé par certain.e.s en vertu duquel soit on exige un consentement profond et fort, et dans ce cas la simple manifestation de consentement ne peut suffire, soit on exige seulement un consentement léger, et dans ce cas une conduite lourde de conséquences ne peut être légitimée dessus¹⁴⁴³.

En effet et en définitive, la solution doit pouvoir consister dans le fait d'exiger un consentement fort, -c'est-à-dire suffisamment libre et éclairé, mais ni parfait ni total donc-, tout en faisant présumer cette profondeur de consentement dès lors que l'apparence d'un tel consentement est reconnue¹⁴⁴⁴.

Cependant, une autre question intervient alors : le consentement, s'il est une condition nécessaire à la légitimité d'un acte, en est-il une condition suffisante¹⁴⁴⁵ ? Dans le cas de l'inceste, doit-on admettre que si certaines personnes sont apparemment consentantes, c'est qu'on doit reconnaître qu'elles le sont vraiment, et donc s'en contenter, c'est-à-dire s'en remettre à une éthique du consentement ?¹⁴⁴⁶

Pour ceux qui s'y opposent, c'est d'une part parce qu'on sait le consentement jamais plénier, - chacun étant soumis comme on l'a dit à des contraintes sociales, culturelles, économiques ou psychologiques-¹⁴⁴⁷, et d'autre part car celui-ci peut être contraire à ce qu'a voulu la société dans son ensemble¹⁴⁴⁸, qu'on doit pouvoir ignorer la volonté de quelqu'un, notamment pour le protéger de lui-même¹⁴⁴⁹.

À vrai dire, cette question s'était posée pour un cas bien particulier, l'affaire KA et AD c/ Belgique¹⁴⁵⁰, dans le cadre duquel des personnes s'étaient livrées à des relations sadomasochistes qui avaient viré de consenties à non-consenties. La Cour avait refusé de voir dans la

¹⁴⁴¹ R. OGIEN, *L'éthique... op. cit.*, p169 s.

¹⁴⁴² *Ibidem*.

¹⁴⁴³ M. MARZANO, *Je consens donc je suis... Ethique de l'autonomie*, PUF, 2006, p16 s.

¹⁴⁴⁴ C'est en quelque sorte ce que suggèrerait Françoise Tulkens, porteuse d'une opinion dissidente au sein de la CEDH, lors de l'arrêt Leyla Sahin c/ Turquie, n° 44774/98, 2005, dans lequel la voix d'une femme voilée semblée être mise en doute. A cet égard, elle écrit que « *Je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement.* ». Citée par M. FABRE-MAGNAN *et alii*, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté de consentement », *Droits*, n°48, 2008, p3 s. C'est également ce que semble avoir fait la CEDH dans l'arrêt Stübing en admettant que la déficience de la femme était bien prouvée par les enquêtes psychologiques menées sur elle.

¹⁴⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN *et alii*, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté de consentement », *Droits*, n°48, 2008, p3 s.

¹⁴⁴⁶ X. MOLÉNAT, *Ethique, suffit-il d'avoir consenti ?*, in N. JOURNET (dir.), *op. cit.*

¹⁴⁴⁷ M. MARZANO, *Je consens... op. cit.*, p1 s. et M. MARZANO, *L'éthique... op. cit.*, p90 s.

¹⁴⁴⁸ M. MARZANO, *L'éthique... op. cit.*, p106. et M. MARZANO, « Le mythe du consentement », *Droits*, n°48, 2008, p109 s.

¹⁴⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005. 2973.

¹⁴⁵⁰ CEDH, KA et AD c/ Belgique, 2005, n°45558/98.

condamnation des auteurs de ces pratiques une ingérence injustifiée dans l'exercice de leur droit à la vie privée protégée par l'article 8, uniquement parce que le consentement avait disparu au fil des actes pratiqués, suggérant ainsi, au grand dam de nombreux commentateurs, que si les actes avaient tous été consentis, la Cour aurait imposé leur respect à l'Etat concerné. Ce qui est ici remarquable c'est qu'on semble passer automatiquement d'une légitimité morale fondée sur le consentement ... à une licéité juridique¹⁴⁵¹. Cependant, ce qui était contesté par les commentateurs de l'affaire était plutôt le passage d'une légitimité morale à une légitimité juridique *alors que* les actes étaient objectivement qualifiables d'actes de torture et étaient donc illicites ! Ainsi, selon eux, la simple existence d'un consentement mutuel permettrait désormais de valider un cadre contractuel capable de s'affranchir des normes juridiques préexistantes¹⁴⁵², et par voie de conséquence, anéantir tous les interdits¹⁴⁵³, ou plus exactement, dès lors que le consentement prétend porter sur du sexe¹⁴⁵⁴.

Pourtant, certains soulignent que c'est justement en matière sexuelle qu'il est le plus ardu de s'assurer de l'existence d'un véritable consentement¹⁴⁵⁵, tant dans ce domaine un instant d'acceptation peut engager l'action¹⁴⁵⁶ alors que la réalité d'un consentement plein et entier est ici justement fragile¹⁴⁵⁷.

Néanmoins, dans le cas de l'inceste, bien qu'il s'agisse avant tout de relations sexuelles, la question ne devrait pas se poser en ces termes, ou en tout cas, la jurisprudence KA et AD c/ Belgique et le débat qu'elle a engendré ne doit pas occulter le fait que la situation est tout autre pour l'inceste et appelle donc une réponse différente. Et pour cause ! Dans le litige susmentionné, les actes dont il s'agissait étaient *a priori* objectivement illicites. Dans le cas de l'inceste entre adultes consentants, aucun acte n'est en principe poursuivable en lui-même. Dès lors, le passage d'une légitimité morale fondée sur le consentement à une légitimité juridique semble ne se heurter à aucun obstacle logique. En fin de compte, on devrait pouvoir admettre que le consentement doit être reconnu et protégé dès lors qu'il est suffisant et qu'il n'intervient pas au détriment d'autrui¹⁴⁵⁸.

Pour conclure, on peut convenir du fait qu'il faut se méfier, en morale comme en droit, de notre propre tendance à calquer nos préjugés sur l'appréciation du consentement d'autrui¹⁴⁵⁹. A

¹⁴⁵¹ M. MARZANO, *L'éthique... op. cit.*, p90 s. et M. MARZANO, *Je consens... op. cit.*, p129 s.

¹⁴⁵² M. MARZANO, « Le mythe... », préc. et *L'éthique ... op. cit.*

¹⁴⁵³ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

¹⁴⁵⁴ Ph. MALAURIE, « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », LPA, 2006, n°152. Voir aussi : D. BORILLO, « La liberté érotique et l'exception sexuelle », in D. BORILLO & D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p45 s.

¹⁴⁵⁵ M. FABRE-MAGNAN *et alii*, « Controverse... », préc.

¹⁴⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁷ M. MARZANO, *L'éthique... op. cit.*

¹⁴⁵⁸ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », D. 2005. 1508.

¹⁴⁵⁹ M. FABRE-MAGNAN *et alii*, « Controverse... », préc.

cet égard, quand un fait déplaît et paraît immoral, il est courant de nier le consentement de celui ou celle qui agit, mettant en exergue tous les éléments de contexte permettant de dévaluer sa capacité à s'autodéterminer. À l'inverse, si la personne ayant exécuté une telle action affirme n'avoir finalement pas été si consentante, son discours bénéficiera automatiquement d'un crédit à toute épreuve. Pour Alex Mauron, il s'agit là d'une forme d'« *acharnement herméneutique* »¹⁴⁶⁰. On retrouve ce genre d'approche à géométrie variable dans la cadre de sujets polémiques comme le port du voile ou la prostitution : si la femme se dit consentante, on lui opposera ses déterminismes sociaux, sa faiblesse, son endoctrinement etc ; si en revanche elle montre un signe de regret, on l'écouterà sans remettre en doute un seul instant la portée de ses paroles¹⁴⁶¹. En matière sexuelle, l'idéologisme est dans cette veine particulièrement fort¹⁴⁶².

Ainsi, considérer pour certaines situations seulement qu'une absence de consentement est la norme par défaut c'est : 1) arbitraire, car basé sur une distinction fondée sur des présupposés indépendants du cas lui-même, 2) malhonnête intellectuellement puisque c'est s'appuyer sur une pétition de principe, -c'est-à-dire le fait de postuler quelque chose censé être prouvé-, 3) *paternaliste* car cela revient à s'octroyer le droit et le devoir de déterminer à la place d'autrui ce qui est dans son intérêt¹⁴⁶³. Une telle attitude relève au demeurant d'une forme de « *panique morale* » puisqu'elle traduit la tendance à ne pas prendre en compte le point de vue de ceux que l'on prétend défendre¹⁴⁶⁴ et est parfaitement contraire à l'éthique minimale du fait qu'elle identifie des torts auto-infligés. Partant, il appert nécessaire de s'en débarrasser et d'admettre que les partenaires consentants d'inceste ne sont victimes d'aucun tort justifiant le maintien de la prohibition.

Section 2 : L'enfant incestueux

S'agissant de l'enfant, il convient d'exclure, -sans problème cette fois-, les torts qu'il subit en tant que victime de violences incestueuses et qui relèvent du droit pénal, étant entendu que l'on s'intéresse ici à l'enfant *issu* d'inceste et non à l'enfant *victime* d'inceste.

La prohibition de l'inceste est souvent à cet égard justifiée par la protection de l'enfant issu des relations incestueuses¹⁴⁶⁵. Mais quels préjudices essuie-t-il exactement ? On peut penser aux

¹⁴⁶⁰ Cité par R. OGIEN, *L'Etat nous rend-il meilleurs ? – Essai sur la liberté politique*, Gallimard, 2013, p236. et par J-B. LE BOHEC, préc.

¹⁴⁶¹ R. OGIEN, *L'éthique... op. cit.*, p169 s. et M. FABRE-MAGNAN *et alii*, « Controverse... », préc.

¹⁴⁶² J-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, n°49, 2008, p19 s.

¹⁴⁶³ R. OGIEN, *L'éthique... op. cit.*, p122 s.

¹⁴⁶⁴ R. OGIEN, *La panique... op. cit.*, p9 s.

¹⁴⁶⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », *RLDC*, 2014, n°12. considère ainsi que : « *Quel que soit le regard que l'on porte sur les aspects moraux de telles situations, la protection des enfants devrait suffire, à elle seule, à en justifier une radicale prohibition* ». Egalement : S-M.

potentielles tares génétiques dont il peut être porteur, mais aussi aux conséquences traumatiques qu'il peut subir sur le plan psychologique.

Quant aux **préjudices physiques** d'une part. Notons tout d'abord que l'argument est circonscrit aux seuls enfants issus d'unions consanguines. Ensuite, évidemment, et nous l'avons déjà relevé, il ne s'agit là que d'un risque, qui ne concerne donc pas tous les enfants, et en tout état de cause pas ceux qui sont déjà nés sains¹⁴⁶⁶. En sus, l'argument est très délicat d'un point de vue logique¹⁴⁶⁷, car qui dit préjudice, dit évaluation d'un état présent par rapport à un état qui aurait été par défaut, ce qui, concernant la naissance d'un enfant, implique de s'interroger sur la situation de ne pas être né, ce qui est inévaluable¹⁴⁶⁸. Enfin, l'argument est critiquable d'un point de vue éthique car il suppose qu'il vaut mieux ne pas naître que de naître handicapé¹⁴⁶⁹.

La question n'est d'ailleurs pas propre à l'inceste. Elle s'était posée dans une affaire désormais célèbre, l'affaire Perruche¹⁴⁷⁰, dans laquelle il était question de reconnaître un préjudice pour l'enfant né handicapé dont le diagnostic prénatal avait été mal effectué. Le litige avait fait couler beaucoup d'encre. Mal comprise, puisqu'elle ne réparait en réalité pas le préjudice d'être né ni même d'être né handicapé mais seulement le préjudice résultant du handicap¹⁴⁷¹, la décision aura au moins eu le mérite de soulever des questions bioéthiques intéressantes¹⁴⁷². Jamais sérieusement transposé à la question de l'inceste, le débat s'y prête pourtant parfaitement¹⁴⁷³. Un enfant né d'un inceste et atteint d'une maladie génétique dont la probabilité a été accrue par la consanguinité de ses parents est-il fondé à exiger d'eux la réparation du préjudice découlant de sa

FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Thèse, Paris I, 2015, p276. ; G. BRICKER, *Le droit de la génétique*, Thèse, L'Harmattan, 2015, n°440 s.

¹⁴⁶⁶ V. MIKALEF-TOUDIC, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 2^{ème} édition, 2015, n°392 s. qui évoque le préjudice avec précaution se limitant à parler de risque et à écrire au conditionnel.

¹⁴⁶⁷ R. OGIEN, *L'éthique ... op. cit.*, p76 s.

¹⁴⁶⁸ R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Grasset & Fasquelle, 2011, p153 s.

¹⁴⁶⁹ R. OGIEN, *La vie, op. cit.*, rapportant là plaisanterie yiddish : « - *La vie est si terrible ; il vaudrait mieux de pas avoir été conçu. – Oui mais qui a une telle chance ? – pas un sur mille.* »

¹⁴⁷⁰ Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000, n°99-13.701, Bull. A.P, n°9.

¹⁴⁷¹ A. CAYOL, « Le préjudice résultant d'une naissance à la suite d'un inceste », LPA, 2010, n°260 qui écrit que « *La Cour de cassation ne disait pas autre chose, dans l'arrêt Perruche, visant seulement la réparation « du préjudice résultant du handicap » et non le préjudice d'être né, comme on a souvent cru le lire* ». Voir aussi le remarquable article de Muriel Fabre-Magnan sur la question : M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », RTD civ. 2001. 285. On renvoie également aux articles suivants : L. AYNÈS, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001. 492 et C. RADÉ, « Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! (premières réflexions après l'arrêt Perruche) », Resp. civ. et assur. janv. 2001.7

¹⁴⁷² C'est ce qu'a d'ailleurs relevé le Comité consultatif national d'éthique à ce propos. (D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p68 s.)

¹⁴⁷³ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, Enjeux éthiques des transformations juridiques de la famille, in E. RUDE-ANTOINE & M. PIÉVIC, *op. cit.*

vie diminuée par son handicap ?¹⁴⁷⁴ Tout comme dans l'affaire Perruche, les avis semblent converger vers le refus de la reconnaissance d'un préjudice découlant d'une naissance qui aurait été handicapée...ou n'aurait pas été. Il appert en effet délicat d'aller dans le sens de telles revendications : elles paraissent sans limite, - l'enfant d'une mère ayant bu durant sa grossesse pourra-t-il le lui reprocher ? L'enfant né avec le moindre « défaut » pourra-t-il s'en plaindre ?-, et l'idée qu'il existe un droit de ne pas naître ou de ne pas naître sans infirmité semble pour beaucoup absurde¹⁴⁷⁵.

C'est d'ailleurs à première vue la position qui semble avoir été retenue par le législateur, qui, en réaction aux débats nés de la Jurisprudence précitée, a adopté en 2002 une loi dite anti-Perruche ajoutant ainsi un article L114-5¹⁴⁷⁶ au Code de l'action sociale et des familles qui précise désormais que « *Nul ne peut se prévaloir du seul fait de sa naissance* »¹⁴⁷⁷. Néanmoins, cet article, parfois jugé « *aussi mal rédigé que mal inspiré* »¹⁴⁷⁸ n'interdit pas que soient indemnisés les préjudices résultant non pas de la naissance, mais des circonstances entourant la naissance¹⁴⁷⁹. La formulation retenue par le législateur a d'ailleurs été tournée ainsi volontairement afin que soient toujours possibles des actions en réparation pour les enfants issus de viol...mais aussi pour les enfants issus d'inceste ! Les travaux préparatoires de la loi sont à ce sujet on ne peut plus clairs : ils précisent que l'article susvisé :

*a pour objet d'affirmer que "le seul fait" de la naissance ne peut en soi constituer un préjudice. Il rend irrecevable toute action en responsabilité uniquement fondée sur le seul fait d'être né. Il empêche ainsi un enfant de se retourner contre ses parents pour l'avoir fait naître. En revanche, il n'empêche pas une action en responsabilité qui serait fondée sur les circonstances qui ont entouré et la conception et la naissance elle-même, comme par exemple l'action en réparation du préjudice de l'enfant issu d'un viol ou d'un inceste.*¹⁴⁸⁰

Dès lors à la question de savoir si un enfant issu d'un inceste consenti peut demander réparation du préjudice découlant des tares génétiques qu'il a héritées de ses parents

¹⁴⁷⁴ Et encore faudra-t-il prouver que le lien de causalité... Car quand bien-même le handicap serait causé par un gène dont le risque qu'il se transmette a été augmenté par le caractère consanguin de la procréation, cela ne prouve pas que la tare ne se serait pas quand même transmise si les deux géniteurs avaient été plus éloignés génétiquement.

¹⁴⁷⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSEZ, « Le père Ubu au royaume de la filiation », in *Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, 2000, p75 s.

¹⁴⁷⁶ Ledit article a été déclaré conforme à la Constitution (Cons. const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC) ainsi qu'à la *CSDHLF* (CEDH, 06 octobre n° 1513/03, Draon c/ France et Maurice c/ France, 2005).

¹⁴⁷⁷ Initialement la proposition de loi Perruche comprenait un article 1^{er} qui énonçait, dans son premier alinéa, que « *nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance* » avant de limiter le refus d'indemnisation des préjudices résultant du seul fait de la naissance

¹⁴⁷⁸ RCA 2010, n°313, obs. Hocquet-Berg

¹⁴⁷⁹ Qui le relève : D. 2011. 124, note L. Lazerges-Cousquer.

¹⁴⁸⁰ F. GIRAUD, G. DÉRIOT, J-L. LORRAIN, Rapport n°174 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 16 janvier 2002, p19 s.

consanguins¹⁴⁸¹, il semblerait que l'on soit contraint finalement de répondre par l'affirmative. Nonobstant, pour retenir la responsabilité de l'auteur des jours de l'enfant, il faudrait rapporter la preuve d'une faute dans son comportement. Or, même en cas d'inceste, il semble difficile de considérer que donner la vie soit une faute en soi¹⁴⁸². Pourrait-on alors plutôt arguer du fait qu'avoir une relation incestueuse, même consentie, est une faute ? C'est en tout cas ce qu'a retenu la Cour d'appel d'Angers dans un arrêt du 15 décembre 2011¹⁴⁸³, condamnant le père-oncle à verser 20.000 € de dommages et intérêts à son propre fils, pour avoir « *contribué à rendre impossible pour l'enfant l'établissement de sa filiation biologique* ». Un tel raisonnement pourrait également être opposé à la mère, dès lors que celle-ci était consentante à l'acte¹⁴⁸⁴. Ceci étant, relevons que l'inceste ne constitue en réalité ni une circonstance entourant la naissance, ni une circonstance entourant la conception mais un état de fait préexistant à toute démarche procréative ! Engager la responsabilité d'un individu sur ce fondement et par suite faire rétroagir des effets normalement attachés à la personnalité juridique constituerait alors une extension abusive de l'adage *infans conceptus*¹⁴⁸⁵, qui en tant que fiction juridique, doit être d'interprétation stricte¹⁴⁸⁶.

Ceci étant, admettre, pour les malades qui le demandent, l'existence d'un préjudice résultant de leurs maladies tel qu'il aurait mieux valu ne pas naître peut paraître insultant pour les personnes touchées par la même condition¹⁴⁸⁷. L'idée également sous-jacente qu'il serait préférable pour la société que ne naissent pas d'enfants handicapé.e.s qui seront à sa charge paraît également dérangeante¹⁴⁸⁸. En tout état de cause, à moins de considérer que toute naissance constitue un tort fait à l'enfant en ce qu'on lui impose un choix qu'il n'a pas fait¹⁴⁸⁹ ou parce qu'aucune vie ne vaut la peine d'être vécue¹⁴⁹⁰, il faut bien admettre que juger la vie d'un individu par sa condition physique est extrêmement réducteur¹⁴⁹¹. Au demeurant, c'est une question qui devrait être exclue du champ d'action d'un Etat libéral¹⁴⁹², ce dernier devant plutôt assurer le droit

¹⁴⁸¹ X. LABBÉE, « L'enfant incestueux, enfant handicapé », D. 1997. 543.

¹⁴⁸² F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le père Ubu au royaume de la filiation », in *Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, 2000, p75 s.

¹⁴⁸³ CA, Angers, 15 décembre 2011, RG n°10/00285.

¹⁴⁸⁴ A. MIRKOVIC, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? », APD, 2014.

¹⁴⁸⁵ Voir sur ce point les observations de C. Bloch et la note de A. Cayol sous l'arrêt Cass. Crim. 23 sept. 2010, 09-84.108, Bull. crim. n° 141.

¹⁴⁸⁶ A. SÉRIAUX, « "Infans conceptus", Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.

¹⁴⁸⁷ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p68 s.

¹⁴⁸⁸ M. BIEGELMANN-MASSARI, « La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960, Un apport sur le sens de l'institution matrimoniale », *Droit et société*, 1997, n° 35, p167 s.

¹⁴⁸⁹ D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », APD, n°57, 2014

¹⁴⁹⁰ R. OGIEN, *Mon dîner ... op. cit.*, p183 s.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, p197 s. et F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Enjeux...*, préc.

¹⁴⁹² R. OGIEN, *La vie... op. cit.*

plus généralement d'une faute morale, résultat d'un conditionnement social¹⁵⁰⁰. En définitive, ici comme pour les proches de l'inceste, le préjudice est causé par la société, l'inceste n'était que l'objet de la souffrance endurée. Le paradigme social semble d'ailleurs s'être renversé : avant, l'on considérait que c'était la connaissance de la filiation incestueuse qui était préjudiciable à l'enfant. Désormais c'est le refus de sa (re)connaissance qui le serait¹⁵⁰¹.

Concernant le préjudice résultant de la prétendue inévitable perte de repères par ailleurs. L'argument est récurrent, et rejaillit dans les décisions de justice¹⁵⁰² : il faudrait prohiber l'inceste¹⁵⁰³ car l'enfant issu de relations de cette nature subirait une destruction identitaire résultant de la confusion généalogique de son origine¹⁵⁰⁴. Pour comprendre l'argument, qui est à première vue recevable, il faut savoir que l'enfant se développe intellectuellement et affectivement au cours de trois étapes entremêlées : processus d'attachement, processus d'identification et processus de séparation-individuation¹⁵⁰⁵. La filiation insère ainsi l'enfant dans une chaîne généalogique qui respecte sa construction identitaire¹⁵⁰⁶.

L'inceste brouillerait à ce titre les grilles conceptuelles et les repères de l'enfant¹⁵⁰⁷ en confondant le *même* et le *différent*¹⁵⁰⁸, étant entendu que l'inceste est par définition une régression dans l'indifférencié¹⁵⁰⁹. L'inceste superpose en effet plusieurs liens de famille habituellement différenciés¹⁵¹⁰ et annulerait ainsi la dévolution normale des générations¹⁵¹¹, voire, dans les cas d'inceste parent-enfant, annulerait en quelque sorte le don de vie fait par le géniteur¹⁵¹². L'enfant serait alors comme suspendu dans le vide, errant, en vacance d'identité¹⁵¹³. La question de sa validité scientifique dépasse notre champ de compétence. On peut toutefois lui opposer plusieurs limites et objections.

¹⁵⁰⁰ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, *op. cit.*, p216 s. parlant d'une « faute grave » que les parents apparentés commettraient à l'égard de leur propre enfant en l'engendrant. Voir aussi leur *Droit civil français*, 6^{ème} édition, Tome IX, par P. Esmein, Librairies techniques, 1953, p94. dans lequel ils parlent du « le vice de la naissance des enfants » incestueux.

¹⁵⁰¹ J. HOUSIER, « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ Fam.* 2017. 545.

¹⁵⁰² Cass. Crim. 23 sept. 2010, 09-84.108, *Bull. crim.* n° 141 et Cass. Civ. 1^{ère}, 08 décembre 2016, n° 15-27.201 (n° 1450 FS-P+B+R+I)

¹⁵⁰³ C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en Droit de la famille*, L'Harmattan, 2001, n°146 s.

¹⁵⁰⁴ D. SALAS, « L'inceste, un crime généalogique », *Melempous* n°7, 1996, p109 s.

¹⁵⁰⁵ Pour plus de précisions : J-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 2010, n°200, p29. Voir aussi : A. GREPILLAT, « L'inceste comme tabou au regard de la Loi », *Lettre d'information du Criaus Rhône-Alpes*, octobre 2011, n° 24.

¹⁵⁰⁶ P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *APD* n°57, 2014.

¹⁵⁰⁷ I. CORPART, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, doct. 888.

¹⁵⁰⁸ F. HÉRITIER, B. CYRULNIK, A. NAOURI, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000, p7 s. Voir aussi A. FINE, « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'Homme*, n°205, 013, p99 s. pour qui « Le tabou de l'inceste signifierait la nécessaire distinction de ce qui doit rester séparé pour que le monde soit ordonné ».

¹⁵⁰⁹ *JCP G* 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

¹⁵¹⁰ C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français : étude critique*, Thèse, PUAM, 2009, p113 s.

¹⁵¹¹ P. LEGENDRE, *L'Inestimable objet de la transmission*, Fayard, Paris, 1985.

¹⁵¹² L. DALIGAND, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA*, 1995, n°53.

¹⁵¹³ Par exemple : D. SALAS, préc.

En premier lieu, les désordres et troubles psychologiques sont, à notre connaissance, uniquement rapportés par des psychologues. Or ces derniers sont inévitablement exposés à la souffrance psychologique, puisqu'il s'agit de leur fond de « commerce ». Partant, les seuls cas connus et présentés d'enfants issus d'inceste sont en réalité nécessairement sujets à des troubles puisqu'ils ont été consulter un psychologue ! Il s'agit là d'un biais de raisonnement classique que l'on retrouve à chaque fois qu'il s'agit d'évaluer si une particularité est associée à un mal-être psychologique.

En deuxième lieu, il s'agit souvent de traumatismes concernant des enfants mineurs victimes de violences incestueuses¹⁵¹⁴, ce qui ne peut donc rendre compte correctement des états mentaux de tous les enfants issus d'inceste, notamment ceux issu d'inceste consenti.

En troisième lieu, on ne peut que regretter l'absence d'études de terrain dignes de ce nom, de type longitudinale et sur long terme, en lieu et place des témoignages épars et soigneusement choisis de psychologues¹⁵¹⁵. Sans nier la réalité des souffrances endurées par les enfants victimes de violences incestueuses¹⁵¹⁶, on ne peut se satisfaire d'analogies obligatoirement déficientes entre la situation des victimes de viols et agressions sexuelles et celle d'enfants éduqués dans l'amour de leurs parents, aussi transgressive soit leur union. Les spéculations des psychologues, qui, en matière d'inceste, réclament assez bruyamment « *leur part du gâteau* »¹⁵¹⁷ ne peuvent plus suffire à justifier de l'interdit juridique et moral dont s'agit, d'autant plus que la fonction anthropologique du droit est de plus en plus remise en question¹⁵¹⁸.

En quatrième et dernier lieu, on peut soulever le fait qu'il s'agit ici d'une appréciation faite *in abstracto* du tort causé à l'enfant. Le préjugé est si fortement ancré dans les esprits qu'une décision qui avait reconnu l'absence totale de préjudice pour l'enfant¹⁵¹⁹, cette dernière ayant parfaitement assimilée son histoire personnelle et n'était pas perturbée, fut vouée à être cassée par la Haute Juridiction¹⁵²⁰, notamment sous l'influence de la Doctrine qui s'en était offusquée et niait la bien-portance de l'enfant, pourtant attestée par expertise¹⁵²¹. Dans cette veine, il serait plus prudent de ne pas fonder la prohibition de l'inceste sur une donnée qui varie sensiblement d'une personne à l'autre¹⁵²², selon des proportions que l'on ignore.

¹⁵¹⁴ L. DALIGAND, préc.

¹⁵¹⁵ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou. qui écrit que « *mais on sait d'expérience que, même vécu sans violence, le lien incestueux ne peut pas rester sans effet et que, la plupart du temps, il est à la source de névroses, psychoses ou dérèglements de la personnalité.* »

¹⁵¹⁶ Y. MAYAUD, « Inceste, loi du silence et lois pénales », RSC 1997. 636.

¹⁵¹⁷ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chron. 133.

¹⁵¹⁸ P. CAYLA, « Le droit de se plaindre », in P. CAYLA & Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître, A propos de l'Affaire Perruche*, Gallimard, 2002, p52 s et L. BRUNET, « La prohibition de l'inceste en droit civil : Un interdit en peau de chagrin », *Informations sociales* 2006, n° 131, p70 s.

¹⁵¹⁹ CA, Rennes, 24 janvier 2000, RG n° 99/02944.

¹⁵²⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 06 janvier 2004, n° 01-01.600, Bull. civ. I, n°2.

¹⁵²¹ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.

¹⁵²² J. HAUSER, « Adoption par les grands-parents et recompositions familiales », RTD civ. 2001. 576.

Concernant le préjudice résultant de l'éventuel moquerie d'autrui enfin¹⁵²³. À ce titre, la prohibition de l'inceste éviterait à l'enfant le poids d'une filiation « *déshonorante* »¹⁵²⁴ source potentielle de railleries et quolibets susceptibles de le faire souffrir. Tout d'abord, notons que l'argument ne peut fonctionner s'agissant de l'établissement de la filiation par adoption simple, celle-ci ne rendant pas compte d'un véritable lien de parenté dans le sens commun¹⁵²⁵. En outre, il semblerait bien que ce soit la société elle-même et non l'inceste qui soit la cause des troubles subis par l'enfant. Notamment en instituant une législation prohibant l'inceste et interdisant aux enfants incestueux d'établir leur double filiation, c'est la société qui « *marque ces derniers du sceau ineffaçable de la honte et de la réprobation* »¹⁵²⁶. En sus, aujourd'hui, il faut bien admettre que l'argument manque d'actualité : on ne clame pas ses origines familiales tous les jours, et dans des sociétés de plus en plus impersonnelles et cosmopolites, les rumeurs ne peuvent prendre racine facilement¹⁵²⁷.

* *

*

¹⁵²³ En ce sens par exemple : C. COLOMBET, *op. cit.*, n°123 s. qui parle de la souffrance relative à la filiation, dès lors qu'on endure « *la proclamation de son caractère incestueux* » ; En ce sens aussi : F. GRANET-LAMBRECHTS, « Illégalité de l'adoption d'un enfant par le demi-frère de sa mère », D. 2004. 1419. et T. GARÉ, L'interdiction de la double filiation en cas de filiation incestueuse, in I. CORPART, *Problèmes politiques et sociaux, filiations, nouveaux enjeux*, la documentation française 2005, n°914, p72. Voir aussi : RJPF 2004-3, p. 34, note Th. Garé.

¹⁵²⁴ V. VOISIN, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », LPA, 2004, n°71, p13.

¹⁵²⁵ J. HAUSER, « Discrimination et filiation », in M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination, perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p225 s.

¹⁵²⁶ A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome V, Livre I, Titre 7 – De la paternité et de la filiation, 1823, p200 s. Voir aussi : T. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p114.

¹⁵²⁷ C. GRIS, *op. cit.*, p507 s.

Pour conclure, on peut s'accorder à dire que la prohibition de l'inceste n'est pas moralement infondée. Elle est seulement mal-fondée, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, parce qu'elle s'appuie sur des fondements éclectiques, relevant de champs différents, -biologie, psychologie, anthropologie etc.-, chacun ne pouvant à lui seul justifier l'Interdit général. Ensuite, elle se fonde sur un grand nombre de pétitions de principe en postulant plus qu'en prouvant¹⁵²⁸. Enfin, elle a parfois recours à des explications de type appel à des valeurs arbitraires relevant d'une approche de croyant plus que d'une justification rationnelle.

En définitive, depuis un référentiel laïc et rationnel, seul le risque de désordre générationnel flottant au-dessus de l'enfant issu d'inceste peut avoir un poids suffisant dans l'évaluation morale du fait incestueux¹⁵²⁹. Toutefois, à lui seul, il ne peut fonder la prohibition de *toutes* les unions incestueuses et donc de l'inceste.

En réalité, il faut bien se résoudre à admettre que si l'explication fondant l'interdit accepte d'être discutée, le principe de l'Interdit lui-même s'y plie mal¹⁵³⁰. L'idée que chacun des fondements de la prohibition est contestable ne semble pas suffire à la remettre en question, tant l'impression que l'Interdit dépasse ses justifications détaillées est puissante¹⁵³¹. À ce titre, si l'on se contente des arguments éparses pour justifier l'Interdit, on est victime d'un biais de raisonnement que Bronner appelle l'« *effet Fort* »¹⁵³² et qui consiste à voir dans un cumul de fondements fragiles un fondement solide. La présence d'un « *millefeuilles argumentatif* » donne en effet l'illusion que « tout ne peut pas être faux »¹⁵³³. Pourtant, d'un point de vue épistémologique, l'argument est défaillant.

Dès lors, si l'on reconnaît que l'on est attaché à la règle uniquement parce qu'elle est la règle¹⁵³⁴, c'est qu'on est face à un arbitraire social¹⁵³⁵. Ainsi, la prohibition de l'inceste se maintiendrait uniquement parce qu'elle a toujours été maintenue¹⁵³⁶. Le fondement serait alors

¹⁵²⁸ JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou. pour qui le fait et la prohibition de l'inceste « *restent une énigme aux fondements obscurs dont les maléfices échappent à la preuve de causalités démontrables.* ». Pour une définition de la pétition de principe et sa réfutation logique, voir : A. SCHOPENHAUER, *L'art d'avoir toujours raison*, Libro, 2014, p26.

¹⁵²⁹ D. GUEVEL, « Taire... », préc.

¹⁵³⁰ J-R. BINET, « *Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation* », Dr. Fam. 2014, n°1, comm. 1

¹⁵³¹ T. HOCHMANN, « L'amour, l'inceste, et l'« intérêt protégé » en droit pénal constitutionnel », Droits n° 24, p147 s., qui remarque la nonchalance des juridictions dans la justifications de la prohibition de l'inceste. Voir aussi : D. VIGNEAU, D. 2004. 365.

¹⁵³² G. BRONNER, « L'effet "Fort" et les damnés du mythe du complot », Raison Publique, n°16, 2012, p55 s.

¹⁵³³ *Ibidem.* qui souligne que ce genre d'impression est particulièrement fort pour les sujets qui requièrent des compétences multiples, chacun.e ne pouvant à lui/elle seule rassembler suffisamment de compétences pour maîtriser le sujet dans sa globalité. C'est exactement le cas de l'inceste.

¹⁵³⁴ A. BOYER, « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », APD, 2004, p276 s.

¹⁵³⁵ R. OGIEN, *Mon dîner... op. cit.* p87 s.

¹⁵³⁶ C. GRIS, *op. cit.*, p507 s. et B. CYRULNIK, préc. qui reconnaît que l'interdit social nous conforme dans nos impressions premières, ancrant en nous l'interdit.

plus historique que moral¹⁵³⁷, et dans le même temps contestable car sophistique, - ce n'est pas parce que quelque chose a toujours été interdit qu'il est juste qu'il le soit¹⁵³⁸-. Pour certains, il faut se résoudre à admettre que « *la prohibition de l'inceste n'est ni obligatoire, ni générale, ni le propre de l'Homme, ni une nécessité biologique, ni une nécessité sociale* »¹⁵³⁹.

Les justifications variées données en pâture à celles et ceux qui s'interrogent sur son bien-fondé se révèlent être plutôt des arguments trouvés *a posteriori*¹⁵⁴⁰. À ce titre, on peut regretter que l'appel à la Morale serve ici d'argument d'autorité stérile, là où elle devrait plutôt permettre d'engager une dialectique féconde.

On peut dès lors s'interroger sur l'avenir de cet interdit en Droit. De deux choses l'une : soit le Droit pousse sa logique rationnelle et individualiste jusqu'au bout et dans ce cas, c'est toute la prohibition de l'inceste qui est susceptible d'être remise en cause, soit le Droit restant prudent, il n'admettra que de légers infléchissements, pour les cas où les manifestations juridiques s'avèrent être le plus en décalage avec le nouveau paradigme du Droit.

Au plus téméraire, si l'on envisage un retrait total de l'interdit juridique donc, il est possible que la position libérale s'harmonise, au moins au niveau européen. Que la libéralisation vienne de la France et qu'elle s'impose aux autres par le biais de la CEDH ou que ce soit l'inverse, il faut bien admettre que la Cour de Strasbourg joue parfois aux « *grands prêtres de la morale* »¹⁵⁴¹ en assurant l'uniformisation des positions étatiques sur une tonalité toujours plus libérale. Ce que Hugues Fulchiron appelle la « *loi du libéralisme maximum* »¹⁵⁴² recouvre ainsi une tendance unilatérale assez marquée des juges européens. En ce sens, la CEDH a tendance à interpréter les textes et la notion de consensus, - qui intervient dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité-, dans un sens libéral¹⁵⁴³. Elle retient ainsi que s'il n'y a pas de consensus sur la question c'est que la conception la plus libérale est possible, et lorsqu'il existe un consensus sur le sujet, soit, *-s'il va dans un sens libéral-*, elle s'y réfère, soit, *-s'il ne va pas dans un sens libéral-*, elle n'y

¹⁵³⁷ C. GRIS, *op. cit.*

¹⁵³⁸ R. OGIEN, *L'influence ... op. cit.*, p275 s.

¹⁵³⁹ J-M. USEO, *op. cit.*, p29 s., citant les travaux de Langaney.

¹⁵⁴⁰ Pour, J. RAVAT, « Le réalisme moral analogique de Richard Boyd : enjeux, portée, limites », *Philosophia Scientiae*, p13 s. justifier nos intuitions morales après coup par des arguments rationnels relèverait ainsi d'une forme de projectivisme émotiviste.

¹⁵⁴¹ F. CHÉNEDÉ, « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *RTD civ.* 2014. 829.

¹⁵⁴² H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? » *Defrénois* 2005, 1461.

¹⁵⁴³ F. SUDRE, *Propos introductifs*, in F. SUDRE, (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, qui parle d'un contrôle à « *géométrie variable* ». Dans le même sens : C. GAUTHIER, S. PLATON & D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 2017, p111 s. ; L. HENNEBEL & H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Pedone, 2016, p1050 s. et A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Pedone, 2014, n°180. Voir aussi : F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *JCP* 2015. 2293, qui parle alors de construction d'un consensus de substitution lorsque la CEDH identifie sur un point « *une communauté de vue dans les sociétés modernes* ». (Par exemple : (CEDH, 2003, n°42326/98, n°34503/97, §§ 76 et 86))

fait pas référence¹⁵⁴⁴, ou souligne une évolution favorable, ou encore attend qu'il cède. Au-delà de l'harmonisation forcée des législations, on observe également un « *effet de contagion* » assez naturel dès qu'il s'agit de libéralisation des mœurs¹⁵⁴⁵.

Cependant, en matière d'inceste, le tabou est si fort qu'on est en droit de penser que le verrou de l'interdit ne sautera pas si facilement, la conscience collective n'étant pas encore « *prête à un libéralisme sans limite* »¹⁵⁴⁶. Monseigneur Barbarin n'avait-il pas dit la veille du vote sur le mariage gay : « *Après ils vont vouloir faire des couples à trois ou à quatre. Et après l'interdit de l'inceste tombera !* » telle une mise en garde ?¹⁵⁴⁷ Malgré la puissante influence de la CEDH, il y a fort à parier que sur ce sujet, l'évolution libérale déjà entamée par celle-ci ne soit « *pas de celles devant lesquelles on s'incline naturellement sans réticence* »¹⁵⁴⁸. On peut également noter un certain ralentissement, - voire un recul, de la CEDH de sa tendance libéraliste¹⁵⁴⁹.

Aussi, **au plus modéré**, on peut imaginer des solutions intermédiaires permettant d'assouplir la prohibition juridique de l'inceste tout en se rassurant de son maintien de principe en conservant quelques règles symboliques.

Quant au mariage, les interdits les moins compris sont ceux qui ne se fondent pas sur des liens de sang, c'est-à-dire les empêchements pour cause par alliance ou de parenté adoptive. Ce sont d'ailleurs les empêchements fondés sur des considérations d'inceste de second type qui essuient un (précuseur ?) « *vent de contestation sociale* »¹⁵⁵⁰ et qui ont fait l'objet de jurisprudences libérales. Il en va de même des empêchements institués pour cause de parenté adoptive¹⁵⁵¹.

Quant à la filiation, certains suggèrent de laisser le choix à l'enfant, à sa majorité par exemple¹⁵⁵², ou au contraire d'autoriser son établissement et de lui laisser le choix de l'annuler une

¹⁵⁴⁴ C'est ce qu'elle fit d'ailleurs dans l'affaire CEDH, BL c/ RU, préc. : A. GOUTTENOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. Fam.* 2005, n°234. et JCP 2006. I. 109, n°11, obs Sudre.

¹⁵⁴⁵ H. FULCHIRON, préc.

¹⁵⁴⁶ R. NERSON, « La situation juridique des enfants nés hors mariage », *RTD Civ.* 1975. 397. Lire aussi J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », *Dr. Fam.* 2003, chron 22., pour qui la prohibition de l'inceste fait partie des interdits interdits « *que personne n'envisage de supprimer* ». et Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'enfant qui sort de l'ombre. L'adultérin à la lumière des droits de l'homme », *Droit et patrimoine* 5/2000, p56 s.

¹⁵⁴⁷ X. LABBÉE, « L'homme qui a valablement épousé sa soeur face à l'adage "quae temporalia" », *Gaz. Pal.* 2017, n°25, p21.

¹⁵⁴⁸ J.-J. LEMOULAND ET D. VIGNEAU, « Droit des couples », *D.* 2010. 728.

¹⁵⁴⁹ La récente réserve de la CEDH en matière de GPA (CEDH, Paradiso et Campanelli c/ Italie, 24 janvier 2017, n° 25358/12) illustre bien ce recul.

¹⁵⁵⁰ C. BERNARD-XÉMARD, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, 2^{ème} édition, 2016, n°1005. ; J. BARRÈRE, « Le Droit du mariage dans la loi du 03 janvier 1972 sur la filiation », *in Mélanges Marty*, ESPIC, 1978, p16 s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Prohibition à mariage entre collatéraux : la décision de refus de dispense du Président de la République sous contrôle », *Dr. Fam* 2008, comm. n°8.

¹⁵⁵¹ J. BARRÈRE, préc.

¹⁵⁵² D. GUEVEL, « La famille ... », préc. Du même auteur : « Taire... », préc.

fois celui-ci majeur¹⁵⁵³. D'autres proposent d'ouvrir les effets de la succession et de la transmission du nom aux enfants issus d'inceste sans pour autant leur reconnaître la filiation¹⁵⁵⁴. D'autres encore imaginent à l'inverse une nouvelle filiation, limitée, réservée aux enfants incestueux¹⁵⁵⁵. Beaucoup proposent au moins de bilatéraliser l'action à fins de subsides, aujourd'hui encore réservée à une condamnation de l'homme¹⁵⁵⁶. On peut aussi admettre plus généralement la possibilité d'une double filiation en prévoyant seulement un nouveau cas d'indignité successorale si les relations sont conflictuelles ou si la filiation résulte d'un viol¹⁵⁵⁷.

En réalité, aucune manifestation juridique de l'Interdit n'est cardinale, rien n'empêche en effet que l'on libéralise le mariage et la filiation incestueux et que l'on prévoie une sanction d'une toute autre nature pour les auteurs d'inceste¹⁵⁵⁸. Il ne reste plus qu'à espérer que face à des constructions sociales et symboliques aussi fortement ancrées, le Droit ne perde pas de vue l'objectif de Justice dont il n'est que le moyen.

¹⁵⁵³ Qui propose que l'on se fixe ainsi sur le modèle espagnol : S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination », *Dr. Fam.* Juin 2010, Etude 16.

¹⁵⁵⁴ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p352 s., qui émettent d'ailleurs une critique sur cette proposition, la jugeant bâtarde en ce qu'elle accorde à l'enfant tout ce qui compose la symbolique de la filiation : succession et dévolution du nom.

¹⁵⁵⁵ D. GUEVEL, « La famille... », préc.

¹⁵⁵⁶ F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *op. cit.*, p352 s.

¹⁵⁵⁷ S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination », *Dr. Fam.* Juin 2010, Etude 16.

¹⁵⁵⁸ R. HOUIN, « Une réforme nécessaire : la créance alimentaire des enfants adultérins et incestueux », *JCP*, 1946. 1. 521. ; D. GUEVEL, « La famille... », préc.

ANNEXES

Annexe 1 : Statistique Ngram Viewer – février 2017.

Représente la fréquence d'un mot ou d'un groupe de mot à travers le temps dans l'ensemble des sources textuelles scannées par Google.
(en pourcentage par rapport à l'ensemble des mots des ouvrages).

« Inceste »



« Incest »

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive

between and from the corpus with smoothing of [Search lots of books](#)



Search in Google Books:

[1800 - 1824](#)

[1825 - 1978](#)

[1979 - 1986](#)

[1987 - 1993](#)

[1994 - 2000](#)

[incest](#)

English



« prohibition of incest »

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive

between and from the corpus with smoothing of [Search lots of books](#)



Search in Google Books:

[1800 - 1921](#)

[1922 - 1973](#)

[1974 - 1979](#)

[1980 - 1993](#)

[1994 - 2000](#)

[prohibition of incest](#)

English

« prohibition de l'inceste »

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive

between and from the corpus with smoothing of [Search lots of books](#)

Replaced **prohibition de l'inceste** with **prohibition de l' inceste** to match how we processed the books.



« couple incestueux »

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive

between and from the corpus with smoothing of [Search lots of books](#)



Search in Google Books:

[1800 - 1844](#)

[1845 - 1982](#)

[1983 - 1986](#)

[1987 - 1997](#)

[1998 - 2000](#)

[couple incestueux](#)

French

« incestuous couple »

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive

between and from the corpus with smoothing of [Search lots of books](#)



Search in Google Books:

[1800 - 1813](#)

[1814 - 1984](#)

[1985 - 1990](#)

[1991 - 1996](#)

[1997 - 2000](#)

[incestuous couple](#)

English

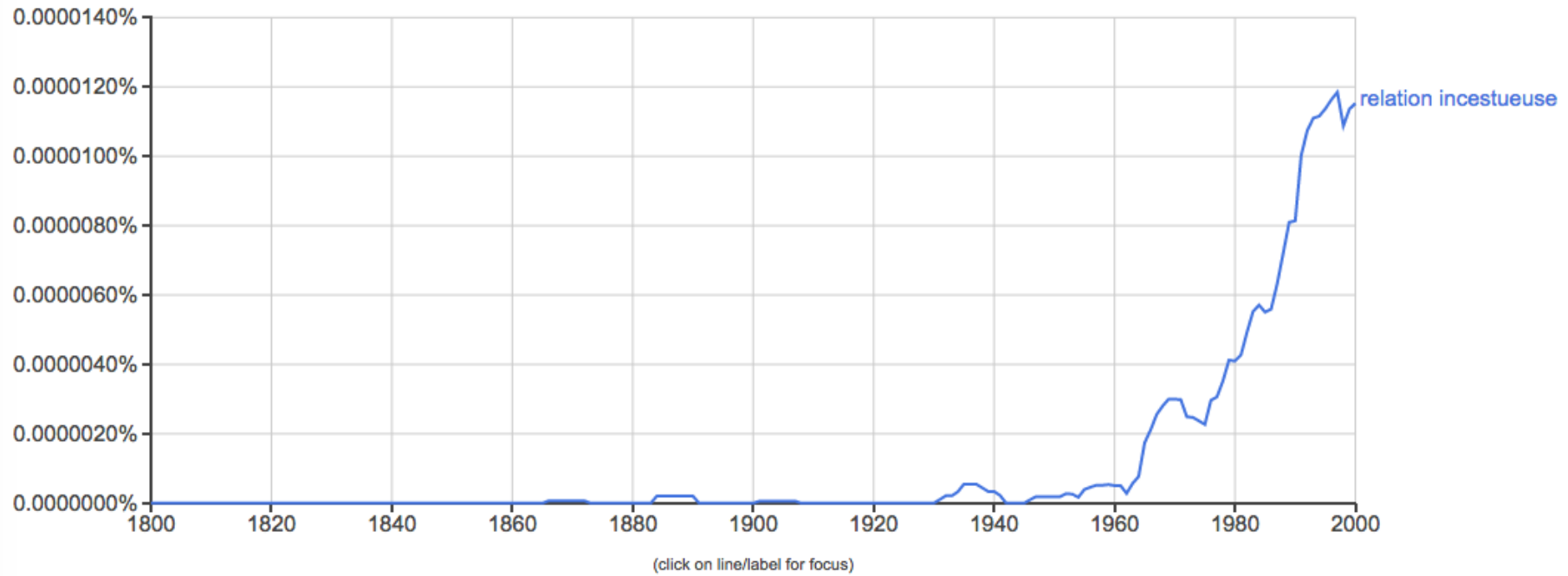


« relation incestueuse »

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive

between and from the corpus with smoothing of [Search lots of books](#)



Search in Google Books:

- [1800 - 1968](#)
- [1969 - 1994](#)
- [1995 - 1996](#)
- [1997 - 1998](#)
- [1999 - 2000](#)
- [relation incestueuse](#)
- [French](#)

Extrait du Jurisclasseur Alsace-Moselle

DROIT DES SUCCESSIONS EN ALSACE-MOSELLE Généralités Dispositions transitoires Fondations Transmission Intégrale d'une exploitation Procédure	Alsace-Moselle	Fasc. 392
	Civil	
8, 1996	2^e App. art. 774 à 783 Fasc. 10	

après le décès de l'enfant, qu'il ait ou non laissé des descendants (Arg. C. civ., art. 331 qui admet la légitimation après la mort de l'enfant, ce qui suppose, au préalable, une reconnaissance ; V. en jurisprudence, *CA Douai*, 20 juill. 1852 : S. 1852, 2, p. 678. — *CA Paris*, 6 mai 1876 : S. 1877, 2, p. 19. — *CA Poitiers*, 27 déc. 1882 : DP 1883, 2, p. 120 ; S. 1883, 2, p. 188, reconnaissance effectuée trente-deux ans après le décès. — T. civ. Seine, 14 janv. 1902 : Gaz. Trib. 1902, 2, II, p. 43, reconnaissance afin de pouvoir agir contre le responsable du décès. La doctrine approuve majoritairement cette solution, *M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de Droit civil français*, t. II, 2^e éd., La famille, par A. Rouast, LGDJ, Paris 1952, n° 826, p. 694 s. — *G. Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de Droit civil français*, par Houques, Fourcade, Bonnemercure et Chêneaux, t. IV, 3^e éd. 1907, n° 638).

121. — La possibilité d'établir la filiation naturelle paternelle d'après le droit français, soit par une action en recherche de paternité accueillie par le juge, soit par reconnaissance volontaire, existe alors même que la filiation paternelle a été constatée, avant le 1^{er} janvier 1925, sur le fondement des paragraphes 1708 et 1718 du Code civil allemand (en jurisprudence : Cass. civ., 30 juill. 1930, D^o Sigward c/ Müller : RIAL 1930, p. 705 s., note H. Degand. — *CA Caen*, 30 janv. 1928, Hausset c/ Schaeffer ès qual. : RIAL 1928, p. 461. — *CA Colmar*, 25 mars 1929, Y c/ D^o X : RIAL 1929, p. 210 s. — 17 mars 1931, D^o Sigward c/ Müller : RIAL 1931, p. 434 s. — 24 mars 1931, Schmidt c/ Schuwer : RIAL 1931, p. 424 s., note E. Wilhelm. — T. civ. Saint-Étienne, 21 janv. 1925, Ingold c/ Bussignides : RIAL 1925, p. 223 s., note H. Degand. — T. civ. Strasbourg, 9 févr. 1926 : DP 1927, 2, p. 49 s., note A. Chéron ; JDI 1928, p. 464 s., obs. M. Nast ; RIAL 1927, p. 340 s., note H. Degand. — Contra, *CA Colmar*, 3 janv. 1928, Sigward c/ Müller : RIAL 1928, p. 580 s. — En doctrine : F. Lotz, op. cit., n° 53).

122. — L'établissement de la filiation paternelle d'après le droit français a pour principal effet d'accorder les droits successoraux prévus par le Code civil à l'enfant naturel vis-à-vis de son père, ainsi que de sa famille et réciproquement. Les effets juridiques de la constatation de la filiation ne sauraient toutefois rétroagir au-delà du 1^{er} janvier 1925 et concernant les successions ouvertes avant cette date, l'enfant naturel ne disposera que des droits attribués par la loi allemande (L. civ., 1^{er} juin 1924, art. 135. — *M. Schlange*, op. cit., p. 222).

123. — En raison de l'âge actuel des enfants naturels dont la filiation paternelle a été constatée d'après les règles du droit allemand avant le 1^{er} janvier 1925, il est extrêmement difficile d'envisager la possibilité d'établir cette filiation naturelle sur le fondement du droit français. Au point de vue successoral, cette catégorie d'enfants naturels se voit donc confinée de manière définitive dans une situation d'infériorité, encore plus choquante et anachronique à la suite de la réforme opérée par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972.

124. — Certes, on peut objecter qu'un faible nombre de personnes sont concernées en raison du champ d'application limité de la règle de conflit de lois dans le temps édictée par le premier alinéa de l'article 125 de la loi civile du 1^{er} juin 1924. Ce texte ne s'applique qu'aux enfants naturels dont la filiation paternelle a été établie dans les formes locales, filiation qui n'a pas fait ensuite l'objet d'une constatation d'après les règles du droit français, et qui possèdent la qualité juridique d'Alsacien-Lorrain au sens de l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1921 prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale en matière de droit privé.

B. — Statut successoral des enfants naturels adultérins ou incestueux

125. — Jusqu'au 1^{er} janvier 1925, la filiation naturelle adultérine ou incestueuse pouvait être constatée en vertu du droit allemand. Cette possibilité a été conservée par l'article 16 de la loi civile de 1924 qui disposait que l'établissement de la filiation adultérine ou incestueuse n'a, à l'égard du père, comme de la mère, que des effets alimentaires définis aux paragraphes 1708 et suivants du Code civil allemand. Ce texte ne s'appliquait qu'aux personnes possédant la qualité juridique d'Alsacien-Lorrain (V. supra n° 18 s.). Aucune disposition similaire n'existait, à l'époque, en droit général. La loi n° 55-934 du 15 juillet 1955 a comblé cette lacune en reconnaissant la possibilité de réclamer des aliments par une action spéciale fondée sur la preuve du lien de filiation et dont l'issue est non pas l'établissement de ce lien, mais seulement une condamnation à des aliments. En conséquence, l'article 16 de la loi civile ne trouvant plus de justification pratique, ni théorique, a été logiquement abrogé par

l'article 5 de la loi n° 55-934 du 15 juillet 1955. L'abrogation de l'article 16 est une conséquence de l'évolution du droit général.

126. — La question juridique qui peut encore actuellement se poser consiste à rechercher si les enfants naturels adultérins ou incestueux dont la filiation a été constatée, conformément au droit allemand antérieurement au 1^{er} janvier 1925, sont en mesure de pouvoir bénéficier des dispositions de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 portant réforme de la filiation, dont le deuxième alinéa de l'article 12 dispose que les actes accomplis et les jugements prononcés sous l'empire de la loi ancienne ont les effets que la loi nouvelle y attache. La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 n'opère plus de distinction entre les enfants suivant la nature de leur filiation. Ils possèdent tous, en règle générale, des droits successoraux identiques.

127. — Doit-on en déduire que les enfants adultérins ou incestueux dont la filiation aura été constatée conformément aux

règles du droit local entrent dans le champ d'application de la loi nouvelle ? *A priori*, une réponse affirmative semble devoir être apportée à cette interrogation. En effet, en abrogeant l'article 16 de la loi civile du 1^{er} juin 1924 qui attribuait des effets spéciaux à la filiation adultérine ou incestueuse du droit local, le législateur a entendu qu'à l'avenir les effets de ces filiations soient ceux du droit général.

128. — Mais après réflexion, une réponse négative semble s'imposer pour plusieurs raisons. D'une part, en étendant les dispositions nouvelles aux enfants nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, les rédacteurs de la loi n'ont pu viser que les enfants dont la filiation a été constatée (ou sera constatée) dans les conditions prévues par le droit français. Ils n'entendaient pas viser les enfants dont la filiation a été

établie dans les conditions de facilité offertes par le droit local. D'autre part, l'article 16 de la loi d'introduction, n'accordant que des aliments aux enfants adultérins et incestueux, n'a été abrogé que parce que le droit général aboutissait à une solution identique. Si cela n'avait pas été le cas, le texte en question aurait été certainement maintenu. Enfin, la solution contraire conduirait à des situations ahurissantes. En effet, à l'égard de son père, un enfant naturel simple relevant du droit local n'a droit qu'à des aliments, alors que les enfants adultérins ou incestueux disposeront, eux, de droits successoraux.

129. — Par conséquent, les enfants adultérins ou incestueux de statut local ne sauraient bénéficier des dispositions de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972. Il n'en serait autrement que si leur filiation était constatée conformément aux règles du Code civil.

C. — Statut successoral de l'enfant légitimé par déclaration de légitimité

130. — La déclaration de légitimité (*Ehelichkeitserklärung*) est une technique qui permettait au père de l'enfant naturel de le faire déclarer légitime par décision de l'autorité publique, même s'il n'était pas marié avec la mère et même s'il était marié avec une autre femme dans la mesure où celle-ci donnait son consentement. Seuls les enfants naturels simples et les enfants naturels adultérins pouvaient être légitimés. Les enfants naturels incestueux étaient exclus de ce bénéfice (*BGB*, § 1732). La déclaration de légitimité n'a pas été conservée dans l'ordonnement juridique après le 1^{er} janvier 1925 en raison de l'hostilité du législateur à l'égard des légitimations par acte de l'autorité. L'ancien droit français connaissait pourtant la légitimation par lettres patentes du roi. Mais la Révolution française de 1789 a fait table rase des institutions de l'ancien régime. La légitimation par lettres patentes du roi fut abolie en 1791.

131. — La déclaration de légitimité ne pouvait intervenir que du vivant de l'enfant (*BGB*, § 1733). Disposant d'un pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative (*Statthalter*) prononçait ou refusait la légitimation sur le fondement d'une ordonnance impériale en date du 1^{er} novembre 1899 (*Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen* 1899, p. 172 s. — *Dr. H. Molitor et Dr. A. Stieve, Das Gesetz betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Elsaß-Lothringen*, 2^e éd., Trübner, Strasbourg 1912, p. 423). La légitimation par déclaration était portée sur les registres de naissances de l'état civil. Elle avait un caractère irrévocable. Pendant la période s'étendant de l'armistice du 11 novembre 1918 jusqu'au 1^{er} janvier 1925, la compétence en la matière a été attri-

bue au Commissariat général d'Alsace-Lorraine (*P. Grollemund, La protection de l'enfant mineur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, LGDJ 1933, p. 179*. — *J.-P. Niboyet, Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé, Sirey 1922, p. 218*). Aucune difficulté particulière n'est apparue à ce sujet antérieurement à l'introduction de la législation française, parce qu'aucune demande en déclaration de légitimité ne semble avoir été déposée après 1918 (*P. Grollemund, op. cit.*, p. 179).

132. — La déclaration de légitimité ne produit ses effets juridiques qu'entre le père et l'enfant naturel simple ou adultérin conformément aux paragraphes 1725 à 1740 du Code civil allemand (*L. civ.*, 1^{er} juin 1924, art. 125). L'enfant naturel acquiert à l'égard de son père la qualité d'enfant légitime pour lui et ses descendants (*BGB*, § 1736). L'enfant légitimé reste toutefois étranger aux parents et alliés de son père (*BGB*, § 1737). L'épouse du père ne devient pas l'alliée de l'enfant et l'épouse de l'enfant ne devient pas l'alliée du père.

133. — Les déclarations de légitimité intervenues avant le 1^{er} janvier 1925, conformément aux paragraphes 1725 à 1740 du Code civil allemand, continuent de produire leur effets juridiques à l'heure actuelle. En pratique, il est nécessaire de faire preuve d'une certaine vigilance afin d'en tenir compte dans le cadre des dévolutions de successions ouvertes postérieurement à l'introduction de la législation civile française.

III. — FONDATIONS

134. — L'évolution du droit des fondations reflète l'histoire politique et institutionnelle de la Nation française. Le christianisme a contribué à leur développement. Au Moyen-Âge, l'affirmation progressive du pouvoir royal a suscité la méfiance à leur égard et s'est traduite par un renforcement du contrôle de l'autorité publique. La réticence du pouvoir s'expliquait principalement par le statut du patrimoine des fondations, la main-courante, pouvant se définir comme des biens appartenant à des communautés ecclésiastiques ou laïques et qui ne sortent plus de leurs mains après y être entrés (*A. Chéruel, in Dictionnaire historique des Institutions, Megaritis Prints, Genève 1978, t. 2, p. 700*). Critiquées vivement pendant le XVIII^e siècle sous l'influence des courants philosophiques des Lumières en raison de ses conséquences négatives sur l'économie, fustigées par Turgot dans la Grande Encyclopédie de Diderot qui y voyait un encou-

agement à la paresse, à l'oisiveté, au libertinage et à l'accroissement du nombre des pauvres (*V. le texte de Turgot in Traité des fondations d'utilité publique, PUF, 1980, par M. Pomey, p. 346 s.*), les acquisitions patrimoniales des fondations ont été sévèrement encadrées par l'édit de Versailles du chancelier Henri-François Daguesseau (1668-1751) d'août 1749 (*V. P.-Y. Gautier, Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau : RTD civ. 1994, p. 67 s.*). La révolution de 1789 fit table rase du passé et supprima les fondations par la loi du 18 août 1792 relative à la suppression des congrégations séculières et des confréries (collection complète des lois, par *J.-B. Duvergier, t. 4, 2^e éd., A. Guyot et Scribe, 1834, p. 324 s.*). Le régime antérieur fut rétabli par la célèbre avis du Conseil d'État en date du 31 août 1805 (24 déc. 1805) approuvé par l'Empereur Napoléon I^{er}, le 17 janvier 1806 (sur le texte de l'avis, *V. M. Pomey,*

situation des biens sont donc sans incidence. L'article premier de la loi du 24 juillet 1921 énonce que l'état et la capacité des Alsaciens-Lorrains et de leurs descendants sont régis par la loi locale. Le droit allemand s'applique donc exclusivement aux successions de personnes bénéficiant de la qualité juridique d'Alsacien-Lorrain ouvertes postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1921, mais antérieurement au 1^{er} janvier 1925.

18. — L'article 14 de la loi du 24 juillet 1921 précise que le statut d'Alsacien-Lorrain est défini par l'article 54 du Traité de paix de Versailles du 28 juin 1919 qui renvoie aux paragraphes 1 et 2 de son annexe. Ainsi, sont soumis à ce statut :

— les personnes réintégrées de plein droit dans la nationalité française : il s'agit d'individus ayant perdu la nationalité française à la suite du Traité de Francfort du 10 mai 1871 et qui n'ont pas acquis de nationalité autre qu'allemande depuis cette date ;

— les descendants légitimes ou naturels des personnes ayant la qualité d'Alsacien-Lorrain. Le statut d'Alsacien-Lorrain se transmet de génération en génération, l'enfant légitime suivant le statut de son père alsacien ou lorrain, l'enfant naturel suivant le statut d'alsacien ou de lorrain du parent qui le reconnaît en premier lieu. L'arrêt Gschwind, rendu par la Cour de cassation le 9 janvier 1962 (*Bull. civ. I, n° 15*; *RJE 1962, p. 39 s., note R. Schwob*). — Jurisprudence constante depuis, *C. assises Bas-Rhin, 25 oct. 1967, D¹⁹ N... c/ Hoffmann et Koch* : *JCP 1968, éd. G, II, 15650, note C. Lapp*. — *CA Colmar, 12 avr. 1977, Pfifferling* : *RJE 1977, p. 117*. — *CA Colmar, 21 mars 1990, Bischoff* : *Juris-Data n° 042873*. — *CA Metz, 23 mai 1991, F. et CA Metz, 20 juin 1991, G.* : *Juris-Data n° 044555 et n° 046081*; *JCP 1992, éd. G, IV, 432*, a considérablement réduit le domaine d'application personnel de la loi locale en la matière. En effet, se fondant sur une interprétation restrictive des textes normatifs, cette décision limite la qualité d'Alsacien-Lorrain aux individus nés avant le 11 novembre 1918 et à la première génération d'enfants légitimes ou naturels nés après cette date. Cette jurisprudence aboutit à terme à la disparition du statut d'Alsacien-Lorrain (en ce sens, *F. Lotz, A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 1962 concernant les incapables du droit local alsacien-lorrain* : *RJE 1962, doct., p. 3 s.*);

— les enfants nés dans les trois départements de parents inconnus ;

— les personnes devenues françaises par voie de réclamation ;

— les femmes mariées à un Alsacien-Lorrain.

19. — L'état et la capacité des personnes bénéficiant de la qualité d'Alsacien-Lorrain relèvent de la loi locale, même si elles sont domiciliées dans les anciens départements (*Cass. civ., 4 nov. 1946, Épx Maruani-Amould* : *D. 1947, p. 413, note P.L.-D.* — *V. aussi Cass. civ., 4 nov. 1952, Thomas c/ Leppert* : *D. 1952, p. 757, note R. Lenoan*. — *TGI Digne, 19 déc. 1973, Dame Fontupt* : *JCP 1975, éd. G, IV, p. 11* ; *Journ. not. 1975, p. 364 s.*). Si l'on bilateralise la règle formulée de manière unilatérale par l'article

premier de la loi de 1921, il en résulte que le droit général régit l'état et la capacité des autres personnes, mêmes domiciliées dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

20. — La détermination des personnes soumises au statut juridique d'Alsacien-Lorrain a perdu une grande partie de sa portée en droit privé à la suite de l'entrée en vigueur, le 6 janvier 1991, de la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990 portant diverses mesures d'harmonisation entre le droit applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et le droit applicable dans les autres départements (*JO 3 janv. 1991*).

— Pour un commentaire de cette loi, *Nouveautés en Droit civil local, Actes du colloque organisé le 12 février 1991 par le Comité d'études juridiques du Conseil interrégional des notaires des Cours d'appel de Colmar et Metz, Publication de l'Institut du Droit local alsacien-mosellan, 1991*. — *F. Lotz, La loi du 29 décembre 1990 portant diverses mesures d'harmonisation entre le droit local alsacien-mosellan et le droit français général* : *JCP 1991, éd. N, p. 93 s.* — *E. Sander, Commentaire de la loi d'harmonisation du 29 décembre 1990* : *Bull. liaison de l'Institut du Droit local, n° 3, avr. 1991*). En effet, l'article premier de la loi précitée abroge les articles 15 à 28 formant le Chapitre 1 relatif à l'état et la capacité des personnes du Titre 2 de la loi civile du 1^{er} juin 1924.

21. — L'article 135 de la loi civile du 1^{er} juin 1924 disposant que la loi allemande régit exclusivement les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 1925 a donc un champ d'application dans le temps et l'espace relativement réduit puisque seules sont concernées, en règle générale, les successions d'Alsaciens-Lorrains ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1921 et antérieurement au 1^{er} janvier 1925.

b) Domaine de la loi applicable

22. — La loi allemande régit toutes les successions de personnes bénéficiant de la qualité d'Alsacien-Lorrain ouvertes postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1921, mais antérieurement à la date d'introduction de la législation civile française en Alsace-Moselle (1^{er} janvier 1925). Le domaine de la loi applicable doit être précisé en suivant l'ordre des opérations successorales : dévolution et transmission, de la succession, administration de la succession, option successorale et partage.

1) Dévolution et transmission de la succession

23. — Les règles normatives du droit allemand régissent la dévolution et la transmission de la succession. Elles déterminent naturellement les héritiers, la quotité de leurs droits, les qualités exigées d'eux afin qu'ils puissent succéder, les options possibles, les rapports entre cohéritiers (*A. Blas, V° Successions in Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine, Sirey 1925, n° 44, p. 622*) et la composition de la masse successorale (*CA Colmar, 9 janv. 1930, Épx Fontaine-Crepsal c/ V^o Fontaine et 15 févr. 1931, Succession Pfeifer* : *RIAL 1932, p. 246 s.*). Elles organisent le droit de demander la réserve qui se prescrit

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES EN DROIT

◆ Ouvrages

OUVRAGES GÉNÉRAUX

➤ Ouvrages classiques :

- AUBRY (C.) & RAU (C.), *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, Tome IV, Marchal, Billard et Cie, 1872.
- AUBRY (C.) & RAU (C.), *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} édition, Tome VI, Marchal, Billard et Cie, 1873.
- AUBRY (C.) & RAU (C.), *Droit civil français*, 6^{ème} édition, Tome VII, par P. Esmein, Editions techniques, 1948.
- AUBRY (C.) & RAU (C.), *Droit civil français*, 6^{ème} édition, Tome IX, par P. Esmein, Librairies techniques, 1953.
- AUBRY (C.) & RAU (C.), *Droit civil français*, 7^{ème} édition, Tome VII par P. Esmein, Librairies techniques, 1962.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de Droit civil*, Tome I, Larose et Forcel, 1882.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de Droit civil*, 3^{ème} édition, Tome I, Larose et Forcel, 1888.
- BUGNET (M.), *Œuvres de Pothier*, Tome VI, 2^{ème} édition, Cosse & Marchal, 1861.
- COLIN (A.) & CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de Droit civil français*, 11^{ème} édition, Tome I, par Julliot de la Morandière, Dalloz, 1947.
- DEMOLOMBE (C.), *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Tome I, Lahure, éditions 1880 et 1881.
- DEMOLOMBE (C.), *Traité de la paternité et de la filiation*, Lahure, 1881.
- FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome V, Livre I, Titre 7 – De la paternité et de la filiation, 1823.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Recueil Sirey, 3^{ème} édition, 1938.
- De JUGLART (M.), *Cours de droit civil*, Tome I, Premier volume, Introduction Personnes – Famille, Montchrestien, 10^{ème} édition.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Tome II et IV, 3^{ème} édition, Bruylant, 1878.
- MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, Tome I, II et III, 7^{ème} édition, Delamotte & fils, 1873.
- MARTY (G.) & RAYNAUD (P.), *Droit civil – Les personnes*, Tome I, 2^{ème} partie, Sirey, 1956.
- PLANIOL (M.) & RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 12^{ème} édition, LGDJ, 1939.

- PLANIOL (M.) & RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, La Famille, par A. Rouast, LGDJ, 1952.
- TOULLIER (C.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tome I, 4^{ème} édition, 1824.
- WEILL (A.) & TERRÉ (F.), *Droit civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, 1978.

➤ Manuels de droit :

- BATTEUR (A.), *Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2015.
- BEIGNIER (B.) & BINET (J.-R.), *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2015.
- BÉNABENT (A.), *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014.
- BERNARD-XÉMARD (C.), *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, 2^{ème} édition, 2016.
- BONFILS (Ph.) & GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2014.
- BRUSORIO-AILLAUD (M.), *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 7^{ème} édition, 2016.
- BUFFELAN-LANORE (Y.) & LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil – Introduction : Biens, Personnes, Famille*, Sirey, 19^{ème} édition, 2015.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, tome II – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^{ème} édition, 2002.
- COLOMBET (C.), *La famille*, PUF, 6^{ème} édition, 1999.
- CORNU (G.), *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006.
- COURBE (P.) & GOUTTENOIRE (A.), *Droit de la famille*, Dalloz, 2013.
- DEBOVE (F.), SALOMON (R.), JANVILLE (T.), *Droit de la famille*, Vuibert, 7^{ème} édition, 2012.
- DUPRÉ DE BOULOIS (X.), *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010.
- EUDIER (F.), *Droit de la famille*, Armand Colin, 2^{ème} édition, 2003.
- FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2013.
- DOUCHY-OUDOT (M.), *Personnes, Familles*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2015.
- GARÉ (T.), *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004.
- GAUTHIER (C.), PLATON (S.) & SZYMCAK (D.), *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 2017.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.) & HILT (P.), *Droit de la famille*, PUG, 5^{ème} édition, 2015.
- GUESTIN (J.) (dir.), *Traité de Droit civil – La famille – Fondation et vie de la famille*, par J. HAUSER & D. HUET-WEILLER, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993.
- HARTMANN (L.), *Droit civil : La famille*, L'Hermès, 4^{ème} édition, 2002.
- HENNEBEL (L.) & TIGROUDJA (H.), *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Pedone, 2016.
- LEMOULAND (J.-J.), *Droit de la famille*, Ellipses, 2014.
- LEROYER (A.-M.), *Droit de la famille*, PUF, 2011.
- MALAURIE (Ph.) & AYNÈS (L.) (dir.), *Droit de la famille*, par Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, LGDJ, 5^{ème} édition, 2016.
- MARIE (C.) & CATHELINÉAU-ROULAND (A.), *Droit de la famille*, Bréal, 2016.

- MAZEAUD (H. L. J.) & CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, 3^{ème} volume, La famille*, par L. LEVENEUR, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1995.
- Mémento pratique, *Droit de la famille*, Editions Lefèbvre, 2014.
- MIKALEF-TOUDIC (V.), *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 2^{ème} édition, 2015.
- MIRKOVIC (A.), *Droit de la famille et des personnes*, Studyrama, 4^{ème} édition, 2014.
- MURAT (P.) (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-action, 7^{ème} édition, 2016-2017.
- NICOLEAU (P.), *Droit de la famille*, Ellipses, 1995.
- PRÉLOT (P-H.), *Droit des libertés fondamentales*, Hachette supérieure, 2007.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 13^{ème} édition, 2016.
- TERRÉ (F.) & FENOUILLET (D.), *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011.
- VANNIER (P.), *Fiches de Droit de la famille*, Ellipses, 4^{ème} édition, 2015.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- BAUDREZ (M.) & DI MANNO (T.) (dir.), *Les sexualités : repression, tolérance, indifférence*, Bruyant, 2012.
- BEN ISAAC (J.) & DE JANOW (A.), *Le commentaire sur la Torah*, Verdier, 1987.
- BLEUCHOT (H.), *Droit musulman – Tome II*, PUAM, 2002.
- BLANC (F-P.), *Le droit musulman*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2007.
- BOUCAUD (P.) (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe*, Bruylant, 2009.
- BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit et Morale*, Dalloz, 2011.
- CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, LGDJ, 1995.
- CARBONNIER (J.), *Flexible Droit*, LGDJ, 2001.
- CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2014.
- DUBREUIL (C-A.) (dir.), *Sexe & Droit*, LGDJ, 2014.
- GREER (S.), *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997.
- HAUTEBERT (J.) (dir.), *Le droit à l'épreuve du genre*, Pulim, 2016.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), PICHARD (M.), ROMAN (D.) (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Editions, 2014.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), PICHARD (M.), ROMAN (D.) (dir.), *Genre et droit*, Dalloz, 2016.
- KILKELLY (U.), *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Editions du Conseil de l'Europe, 2003.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Autour de l'enfant – Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Brill, 2008.
- LEMOULAND (J-J.) & LUBY (M.) (dir.), *Le Droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007.
- LE TERTRE (C.), *La religion et le droit civil du mariage*, Defrénois, 2004.

- LÉVY (J-Ph.) & CASTALDO (A.), *Histoire du Droit civil*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010.
- LINANT DE BELLEFONDS (Y.), *Traité de droit musulman comparé – Tome II : Le mariage. La dissolution du mariage.*, Mouton & co, 1965.
- LOISEAU (J-S.), *Traité des enfans naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1811-1819.
- MALLET-BRICOUT (B.) (dir.), *La sanction*, L'Harmattan, 2007.
- MARX (A.), *Commentaire de l'ancien testament – Lévitique, Chapitres 17 à 27*, Labor et Fides, 2011.
- MASSIP (J.), *Le nom de Famille*, Defrénois 2005.
- MASSIP (J.), MORIN (G.), AUBERT (J-L.), *La réforme de la filiation*, Defrénois, 1973.
- MILLIOT (L.) & BLANC (F-P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2001.
- OURLIAC (P.) & DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé, Tome III : Le droit familial*, PUF, 1968.
- PETTITI (L-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999.
- RENAUT (M-H.), *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2012.
- SCHACHT (J.), *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999.
- SÉRIAUX (A.), *Droit canonique*, PUF, 1996.
- STEINSALTZ (A.), *Introduction au Talmud*, Albin Michel, 2002.
- SUDRE (F.), (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005.
- THÉRY (I.) & LEROYER (A-M.), *Filiation, origine, parentalité*, Odile Jacob, 2014.
- VALDRINI (P.) & alii, *Droit canonique*, Précis Dalloz, 1989.
- VAN DIJK (P.) et alii (dir.), *Theory and Praticce of the European Convention on Human Rights*, Luwer Law International, 3thd edition, 1998.
- VAN DROOGHENBROECK (S.) & WAUTELET (P.), *Droits fondamentaux en mouvement : questions choisies d'actualité*, Anthemis, 2012.
- VILLEY (M.), *Philosophie du Droit – Tomes I et II*, Dalloz, 2001.
- VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002.
- VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2^{ème} édition, 2014.
- YAGI (A.), *Droit musulman*, Publisud, 2004.

THÈSES

- ABRAVANEL-JOLLY (S.), *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Thèse, Defrénois, 2005.
- AUNE (A-C.), *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en Droit des personnes et de la famille*, Thèse, PUAM, 2007.
- BENISTY (S.), *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Thèse, Paris, 2014.
- BIRDEN (E.), *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale – Etude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Paris II-Assas, Collection des Thèses, 2015.

-
- BRANLARD (J-P.), *Le sexe et l'état des personnes*, Thèse, Paris, 1991.
- BRICKER (G.), *Le droit de la génétique*, Thèse, L'Harmattan, 2015.
- DEMOULIN-AUZARY (F.), *Les actions d'état en droit romano-canonique : mariage et filiation (XII-XV^{ème} siècle)*, LGDJ, Thèse, Paris II-Assas, 2004.
- DESNOYER (C.), *L'évolution de la sanction en Droit de la famille*, L'Harmattan, 2001.
- DOURIS (M.), *L'enfant à particularités*, Thèse, Lyon III, 2006.
- FERRIÉ (S-M.), *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Thèse, Paris I, 2015.
- FRAGU (E.), *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle : essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris II-Assas, 2015.
- GLANDIER LESCURE (N.), *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006.
- GRIS (C.), *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, Thèse, Montesquieu-Bordeaux IV, 2013.
- LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, Thèse, Paris I, 1990.
- MADELAINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Dalloz, 2014.
- SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Pedone, 2014.
- SIFFREIN-BLANC (C.), *La parenté en droit civil français : étude critique*, Thèse, PUAM, 2009.

ENCYCLOPÉDIES

- GINCHARD (S.) & DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 2016-2017, Dalloz.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), *Jurisclasseur civil*, V^o Filiation.
- LAMARCHE (M.) & LEMOULAND (J-L.), *Répertoire de droit civil*, V^o Mariage, juin 2016.
- LAMBOLEY (A.), *Jurisclasseur civil*, V^o Mariage.

◆ Articles

- AKANDJI-KOMBE (J-F.), « Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *précis sur les droits de l'Homme*, n^o7, 2006.
- ALLAND (D.), « Les mœurs sont-elles solubles dans le Droit ? », *Droits*, n^o19, 1994, p3 s.
- ARNAUD (A-J.), « Philosophie des droits de l'Homme et Droit de la famille », *in Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du Droit de la famille*, Journées d'études LERADP, Lille II, LGDJ, 1994.

- BARRÈRE (J.), « Le Droit du mariage dans la loi du 03 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges Marty*, ESPIC, 1978, p16.
- BATIFFOL (H.), « Existence et spécificité du Droit de la famille », APD, tome 20, 1975, p75.
- BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du Droit de la famille », RTD Civ. 2000. 759.
- BATTEUR (A.), « Refus de transmission d'une QPC sur l'interdiction d'établissement de la filiation incestueuse », LPA, 2012, n°7.
- BATTEUR (A.), « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », LPA, 2010, n°125, p30.
- BENABENT (A.), « La liberté individuelle et le mariage », RTD civ. 1973.442.
- BENABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », in T. REVET et alii, *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p27 s.
- BIEGELMANN-MASSARI (M.), « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 », Population 1966.61.
- BIEGELMANN-MASSARI (M.), « La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960, Un apport sur le sens de l'institution matrimoniale », *Droit et société*, 1997, n° 35, p167 s.
- BORILLO (D.), « La liberté érotique et l'exception sexuelle », in D. BORILLO & D. LOCHAK (D.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p45 s.
- BOULANGER (F.), « Droit de la famille et contrôle de la notion d'égalité », D 2012. 565.
- BOURRAT-GUEGUEN (A.), « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur des mineurs dans le Code civil », Dr. Fam. 2010, n°6, étude 15.
- BOUVIER (M.), « L'égalité des filiations », Gaz. Pal. 2002, n°276, p4.
- BRETON (A.), « L'enfant incestueux », in *Etudes Marc Ancel*, 1976, p309 s.
- BRUNETTI-PONS (C.), « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », Dr. Fam. Mai 2003, chron 15, juin 2003, chron 17, partie 1.
- BRUNETTI-PONS (C.), « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », Dr. Fam. Mai 2003, chron 15, juin 2003, chron 17, partie 2.
- BRUNETTI-PONS (B.), « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », in *Le don de gamètes*, Bruylant, 2014.
- BURGELIN (J-F.), « La Cour de cassation en question », D. 2001. 932.
- CARBONNIER (J.), « La religion, fondement du Droit ? », APD, 1993, p17 s.
- CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Mélanges Ripert*, Tome I, 1950, LGDJ, p327 s.
- CAYLA (P.), « Le droit de se plaindre », in P. CAYLA & Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître, A propos de l'Affaire Perruche*, Gallimard, 2002, p52 s.
- CHARRAULT (Ch.), « Remarques sur la mission disciplinaire du juge de cassation », in *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, p25 s.
- CHÉNEDÉ (F.), « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p139 s.

- CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Les liens du sang (filiation et vérité biologique) », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015.
- COHEN (D.), « Le droit à », *in L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz-PUF-LexisNexis, 1999, p393 s.
- COMMAILLE (J.), « Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque », *Droits*, n°19, 1994, p74 s.
- CORNU (G.), « La filiation », *APD* 1975, p29 s.
- CORNU (G.), « La famille unilinéaire » *in Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p137 s.
- CORPART (I.), « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, doct. 888.
- DALIGAND (L.), « Les effets du secret de l'inceste : sclerose interne et vide générationnel », *LPA*, 1995, n°53.
- DEBET (A.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil », *Dalloz*. 2002. n° 631.
- DEBET (A.), « L'assureur, le transsexuel et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDC* 2004, n°3.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Le droit de filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *D1986*, chron p304.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « A propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA*, 1999, n°84, p29.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « PACS et famille », *RTD civ.* 2001. 529.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Le père Ubu au royaume de la filiation », *in Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, 2000, p75 s.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », *in Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p281.
- DETRAZ (S.), « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 10.
- DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, 2015, p229 s.
- DENIZOT (A.), « Définition de l'inceste : peut mieux faire ! », *RTD Civ.* 2016. 462.
- DOUMENG (V.), « Discrimination et droit de la famille », *in M. MERCAT-BRUNS (dir.), Personne et discrimination, perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p203 s.
- EDELMAN (B.), « Le concept juridique d'humanité », *in Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.
- EDELMAN (B.), « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, n°49, 2008, p107 s.
- EISSEN (M.-A.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH », *in E. PETTITI et alii, La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1995, p76 s.
- FABRE-MAGNAN (M.) *et alii*, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté de consentement », *Droits*, n°48, 2008, p3 s.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D.* 2008. 31.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, 224.

- FEINGOLD (J.), « La génétique médicale est-elle eugénique ? », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.
- FELDMAN (J-Ph.), « Faut-il protéger l'Homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, n°48, 2008, p87 s.
- FENOUILLET (D.), « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *APD*, n°57, 2014.
- FENOUILLET (D.), « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », *APD*, n°57, 2014.
- FRISON-ROCHE (M-A.), « Une famille à sa main », *APD* n°57, 2014.
- FULCHIRON (H.), « Existe-t-il un modèle familial européen ? » *Defrénois* 2005, 1461.
- FULCHIRON (H.), « De l'illicite peut-il naître un droit ? », *JCP G* 2017. 323.
- GARÉ (T.), « L'interdiction de la double filiation en cas de filiation incestueuse », in I. CORPART (I.), *Problèmes politiques et sociaux, filiations, nouveaux enjeux*, la documentation française 2005, n°914, p72.
- GAUDEMET-TALLON (E.) « De quelques paradoxes en Droit de la famille », *RTD Civ.* 1981, p740 s.
- GENDREL (M.), « Les atteintes aux mœurs entre membres de la même famille », *Rev. Pénit.* 1963.32
- GERMAIN (D.), « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010. 599.
- GLAUDET (Ph.), « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2004, n°64, p3.
- GRANET (F.), « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.* 1997. 653.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.) & HAUSER (J.), « Le nouveau droit de la filiation » *D.* 2006. 17.
- GUÉRY (C.), « L'inceste : étude du droit pénal comparé », *D.* 1998. 47.
- GUEVEL (D.), « La famille incestueuse », *LPA*, 2004, n°290, p2.
- GUEVEL (D.), « Taire les origines : la filiation incestueuse », in B. BLOCH & V. DEPADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p73 s.
- HART (H. L. A.), « La moralité du Droit », *Droits*, n°19, 1994, p105 s.
- HAUSER (J.), « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XX^{ème} siècle », in *Mélanges D. HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994, p235.
- HAUSER (J.), « L'intégration par le législateur français de normes supranationales de droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du Droit de la famille*, Journées d'études LERADP, Lille II, LGDJ, 1994.
- HAUSER (J.), « L'adoption par les grands-parents », *RTD civ.* 1995. 344.
- HAUSER (J.), « Adoption par les grands-parents et recompositions familiales », *RTD civ.* 2001. 576.
- HAUSER (J.), « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005-9/9.

- HAUSER (J.), « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* 2006, étude 1, n°11.
- HAUSER (J.), « Discrimination et filiation », in M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination, perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p225 s.
- HAUSER (J.), « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *APD* n°57, 2014.
- HAUSER (J.) & DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), « Liberté, égalité, familles », *LPA*, 2004, n°92, p82.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « "Kant contre Jéhovah ?" », *Refus de soins et dignité de la personne humaine. Analyse critique des usages (para)juridictionnels et doctrinaux de l'argument kantien* », *D.* 2004. Chron. 3154.
- HOCHMANN (T.), « L'amour, l'inceste, et l' "intérêt protégé" en droit pénal constitutionnel », *Droits* n° 24, p147 s.
- HOCQUET-BERG (S.), « La condition de l'enfant naturel après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme », *LPA*, n°93, p11.
- HOUIN (R.), « Une réforme nécessaire : la créance alimentaire des enfants adultérins et incestueux », *JCP*, 1946, 1, 521.
- JESTAZ (Ph.), « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1982.334.
- JESTAZ (Ph.), « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD Civ.* 1990. 625.
- JESTAZ (Ph.), « L'égalité et l'avenir du Droit de la famille », in *Mélanges en hommage à F. TERRÉ, L'avenir du Droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p417 s.
- JOURDAIN-THOMAS (F.), « Les restrictions au libre établissement de la filiation », *JCP N* 1995, *Pratiques*, n°3346, p679.
- LABBÉE (X.), « La famille homosexuelle polygame et incestueuse... et la contractualisation », *Gaz. Pal.* 2015, n°148, p5.
- LABBÉE (X.), « Epouser sa sœur », *AJ Famille* 2015. 427.
- LABBÉE (X.), « L'homme qui a valablement épousé sa soeur face à l'adage "quae temporalia" », *Gaz. Pal.* 2017, n°25, p21.
- LABRUSSE-RIOU (C.), « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.
- LACABARATS (A.), « Le contrôle exercé par la Cour de cassation », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Société de législation comparée, 2015, p245 s.
- LARRÈRE (C.), « Droit et mœurs chez Montesquieu », *Droits*, n°19, 1994, p11 s.
- LEBEN (C.), « La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au 18^{ème} siècle », *Droits*, 2012/2, n°56, p179 s.
- LE BOURSICOT (M-Ch.), « Le droit de connaître son ascendance – et celui de la faire reconnaître – et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeunver-Défossez*, p175 s.
- LEBRETON (G.), « Y a-t-il un progrès du droit ? », *D.* 1991. 99.

- LEQUETTE (Y.), « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p523 s.
- LEMOULAND (J-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chron. 133.
- LEMOULAND (J-J.), « Le couple en droit civil », Dr. Fam. 2003, chron 22.
- LEMOULAND (J-J.), « Sursis à la célébration et opposition au mariage : les déboires du ministère public », D. 2003. 2716.
- LENOIR (R.), « Mœurs, morale et Droit chez Durkheim », Droits, n°19, 1994, p23 s.
- LEPAGE (A.), « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal », JCP 2010, chron 33.
- LEROYER (A-M.), « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », RTD civ. 2010. 381.
- LEROYER (A-M.), « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? », APD, 2014.
- MADELAINE (C.), « La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme », RDLF 2013, n°01.
- MALAURIE (Ph.), « La Bible et le Droit », RTD Civ. 2000. 526.
- MALAURIE (Ph.), « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », LPA, 2006, n°152. 6.
- MARGUÉNAUD (J-P.), « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », RTD civ. 2003. 375.
- MARGUÉNAUD (J-P.), « Sadomasochisme et autonomie personnelle », RTD civ. 2005. 341.
- MARGUÉNAUD (J-P.), « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », Droits, n°49, 2008, p19 s.
- MARGUÉNAUD (J-P.), « Lemon incest », RTD civ. 2012. 285.
- MASSIP (J.), « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », Defrénois 1990. 149.
- MAYAUD (Y.), « Inceste, loi du silence et lois pénales », RSC 1997. 636.
- MAYER (D.), « La pudeur du droit face à l'inceste », D. 1988, chron. 213.
- MEYZEAUD-GARAUD (M-C.), « L'influence des droits de l'Homme sur les empêchements à mariage », RJPF, 2014-5/6.
- MICHEL (R.), « Des dispenses en matière de mariage, autorisations et oppositions », JCP G 1965, I, 1908.
- MIRKOVIC (A.), « Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015.
- MIRKOVIC (A.), « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? », APD, 2014.
- MIRKOVIC (A.), « La part de la biologie dans la filiation », *in Le don de gamètes*, Bruylant, 2014.

- MONÉGER (F.), « Pauvres pères », *in Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, 2000, p417 s.
- MORON-PUECH (B.), « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », D. 2017. 1404.
- MORON-PUECH (B.), « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c/ France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *Rev. dr. homme*, mai 2017.
- MURAT (P.), « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.* 1998. chron 14.
- MURAT (P.), « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *APD* n°57, 2014.
- NERSON (R.), « La situation juridique des enfants nés hors mariage », *RTD Civ.* 1975. 397.
- NERSON (R.), « Réflexions sur la notion de filiation illégitime », *in Mélanges Brèthe de Gressaye*, 1967, p575 s.
- NEIRINCK (C.), « Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines », *in Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.
- NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage » *in* O. LEDUCQ et J-J. LEMOULAND (dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p129 s.
- NEIRINCK (C.), « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille » : *Dr. famille* nov. 2011.
- PELLETIER (L.), « La réintroduction de l'inceste dans le Code pénal : de précision en interrogations », note sous *Ln°2016-297*, 14 mars 2016 et *Circ. 7 avril 2016*, *Gaz. Pal.* 24 mai 2016, n°19.
- PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination », *Dr. Fam.* Juin 2010, Etude 16.
- POMART-NOMDEDÉO (C.), « Droit pénal et droit de la famille, des liaisons dangereuses », *Dr. Fam.*, 2010, Etudes 20.
- Du PONTAVICE (E.), « Droit de la famille et droit au bonheur », *in Mélanges Voirin*, 1967, p678.
- PORTIER (Ph.), « Droit et liberté dans la pensée politique au XIX^e siècle », *Droits*, n°19, 1994, p37 s.
- PUTMAN (E.), « Nathalie GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain* », *RTD civ.* 2008. 194.
- ROMAN (D.), « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », D. 2005. 1508.
- REIGNÉ (Ph.), « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », D. 2016. 1915.
- RENAUD (B.), « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP N*, n°21, p919.
- RENCHON (J-L.), « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt *K.A. c/Belgique* du 17 février 2005 de la C.E.H.E ». *in En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant-LGDJ, 2007, p1309 s.
- RENCHON (J-L.), « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 2010, n°200, p29.
- RUBBELIN-DEVICHI (J.) & CARBONNIER (J.), « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *JCP G* 1994. doctr 3739.
- SÉRIAUX (A.), « L'égalité des filiations depuis la loi du 03 janvier 1972 », *in Mélanges Colomer*, 1993, p431 s.

- SÉRIAUX (A.), « “Infans conceptus”, Remarques sur un univers juridiques en mutation », *in Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, 1996.
- SEUBE (J-B.), Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale, LPA, 05 mars 2009, n°46
- STOFFEL-MUNCK (Ph.) *in* Ph STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2016.
- SUDRE (F.), « Les obligations positives dans la Jurisprudence européenne des droits de l'Homme », RTDH 1995, p363 s.
- SUDRE (F.), « La mystification du “consensus” européen », JCP 2015. 2293
- SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme. De quoi est-il question ? », JCP G 2017. 289.
- TAORMINA (G.), « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », D. 2006, chron 1071.
- VIAUX (J-L.), « La loi qui interdit et légitime l'inceste en même temps », disponible à <http://www.slate.fr/story/129248/loi-inceste> (dernière consultation le 10 novembre 2017).
- ZENATI (F.), « Le procès, lieu du social », APD, 1995.
- ZENATI-CASTAING (F.), « La nature juridique de la Cour de cassation », Cour de cassation, Bulletin d'information n° 575 du 15 avril 2003.
- ZENATI-CASTAING (F.), « L'avenir de la codification », RIDC, 2011.
- ZENATI-CASTAING (F.), « La nature savante du droit commun », RIDC, 2016.

◆ **Notes et observations.**

➤ **A propos de CEDH, Marckx, 1979, n° 6833/74**

- MARGUÉNAUD (J-P.), « De l'indifférence des juridictions de l'ordre judiciaire aux leçons de l'arrêt *Marckx* », RTD civ. 1999. 497.

➤ **A propos de TGI, Lille, 06 mai 1996, n° [XTGIL060596X]**

- LABBÉE (X.), « L'enfant incestueux, enfant handicapé », D. 1997. 543.

➤ **A propos de Cass. Crim, 04 février 1998, Bull. crim. n°43, p109**

- BOURGAULT-COUDEVILLE (D.), « La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du crime de viol commis sur sa mère » D. 1999.
- HAUSER (J.), « Le dommage résultant des circonstances de la conception », RTD. Civ. 1999.64

- JCP 1998. I. 185, n°15, obs Viney.
- JCP 1999, II. 10178, note Moine-Dupuis.

➤ **A propos de Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000, n°99-13.701, Bull. A.P, n°9.**

- AYNÈS (L.), « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001. 492.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Avortement et responsabilité médicale », RTD civ. 2001. 285.
- RADÉ (C.), « Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! (premières réflexions après l'arrêt Perruche) », Resp. civ. et assur. janv. 2001.7

➤ **A propos de CEDH, Mazurek, 2000, n° 34406/97**

- HAUSER (J.), « Dissolution par décès et évolution des modèles familiaux », RTD civ. 2000. 311.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'enfant qui sort de l'ombre. L'adultérin à la lumière des droits de l'homme », *Droit et patrimoine* 5/2000, p56 s.
- SUDRE (F.), « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », JCP G n°14, 2000, II. 10286.
- BOLLON (N.) & PORTEFAIX (M.), Gaz. Pal. n°326, p19.

➤ **A propos de CA, Rennes, 24 janv. 2000, RG n° 99/02944**

- FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », Dr. famille 2003, étude 29 .
- GRANET (F.), « Légalité de l'adoption intrafamiliale incestueuse », D. 2002. 2020.
- HAUSER (J.), « L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux », RTD Civ. 2000. 819.

➤ **A propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 06 janvier 2004, n° 01-01.600**

- BRUNET (L.), « La prohibition de l'inceste en droit civil : Un interdit en peau de chagrin », *Informations sociales* 2006, n° 131, p70 s.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Filiation adoptive sur filiation incestueuse ne vaut », RLDC 2004-3, n°107.
- FENOUILLET (D.), « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », Dr. fam. 2004, n°2, comm 16.
- GARÉ (T.), « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », RJPF, 2004, n°3.

- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Illégalité de l'adoption d'un enfant par le demi-frère de sa mère », D. 2004. 1419.
- HAUSER (J.), « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », RTD civ. 2004. 75.
- VOISIN (V.), « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », LPA, 2004, n°71, p13.
- D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose.
- Note D. VIGNEAU, D. 2004. 365
- Obs RUBELLI-DEVICHI, JCP 2004, I, 109, n°2.
- JCP G 2004, II, 10064, note Labrusse-Riou.
- AJ fam févr 2004, 66, obs, Bicheron.
- RJPF 2004-3, p. 34, note Th. Garé.

➤ **A propos de CE, 12 Octobre 2005, req. n° 264446**

- GLANDIER (N.), « Dispenses à mariage incestueux et incompétence des juridictions administratives », D. 2006. 1433.
- HAUSER (J.), « C'est légal parce que je le veux ! Du contrôle des autroisations présidentielles », RTD Civ. 91.
- AJ Famille 2005, p. 451, obs. F. Chénéédé.

➤ **A propos de CEDH, B. L. C/ R-U, 2005, n°36536/02**

- GOUTTENOIRE (A.) & LAMARCHE (M.), « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. Fam.* 2005, n°234.
- HAUSER (J.), « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », RTD civ. 2005. 758.
- MARGUÉNAUD (J-P.), « Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe », RTD civ. 2005. 735.
- D. 2006.1418, obs Lemouland.
- JCP 2006. I. 109, n°11, obs Sudre.

➤ **A propos de CA Paris, 03 avril 2008, n° 07/20081**

- HAUSER (J.), « Un appel possible contre les décisions rendues par Saint-Louis sous son chêne ? » RTD civ. 2008. 658.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Prohibition à mariage entre collatéraux : la décision de refus de dispense du Président de la République sous contrôle, *Dr. Fam* 2008, comm. n°81.
- LEMOULAND (J-J.) et VIGNEAU (D.), « Droit des couples », D. 2010, 728.

➤ *A propos de Cass. Crim. 23 sept. 2010, 09-84.108, Bull. crim. n° 141 et n°09-82.438, Bull. crim. n°139*

- RTD civ. 2011. 1321, obs. Jourdain.
- AJ pénal 2011. 27, note C. Ambroise-Castérot.
- JCP 2011, n°435, obs. Bloch.
- LPA 30 déc. 2010, n°260, p9, note A. Cayol.
- RCA 2010, n°313, obs. Hocquet-Berg.

➤ *A propos de Cass. Civ. Ass. Plén., 15 avril 2011, n°10-17.049*

- MARGUÉNAUD (P.), « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », RTD civ. 2011. 725.

➤ *A propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 04 décembre 2013, n° 12-26.066*

- De BÉCHILLON (D.), « Observations sur le contrôle de proportionnalité », JCP G 2016. 7.
- BENABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », Recueil Dalloz Siret, n°3.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Une décision incestueuse », RJPF, 2014, n°2.
- CHÉNEDÉ (F.), « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », AJ fam. 2013. 663.
- CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016. 796.
- CHÉNEDÉ (F.), « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », RTD civ. 2014. 829.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », RLDC, 2014, n°12.
- DREYER (E.), « La main invisible de la Cour de cassation », D. 2016. 2473.
- DUFOUR (O.), « La Cour de cassation fait (discrètement) sa révolution », 2015, LPA, n°144 .
- FATTACINI (C.), « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation), le point de vue d'un avocat aux Conseils », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation, Société de législation comparée*, 2015, p229 s.
- FRICERO (N.), « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes », JCP G 2015, act 753.
- GAUTIER (P.-Y.), « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015. 2189.

- GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), MOUSSA (T.), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionalité », D. 2015. 278.
- HAFTEL (B.), « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », D. 2015. 1378.
- HAUSER (J.), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », RTD civ. 2014. 88.
- JESTAZ (Ph.), MARGUÉNAUD (J-P.) et JAMIN (Ch.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061.
- JEULAND (E.), « Réforme de la Cour cassation, Une approche non-utilitariste du contrôle de proportionnalité », JCP G 2016. 6, suppl. au n° 1-2.
- MARGUÉNAUD (J-P.), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », RTD civ. 2014. 307.
- MÉSA (R.), « Mariage entre un beau-père et sa bru : droit au respect de la vie privée », *in* Dallozactualités, 6 déc. 2013.
- MOLFESSIS (N.), « L'indispensable réforme de la Cour de cassation », Journal d'annonces légales et d'information juridique.
- REBEYROL (V.), « Une réforme pour la Cour de cassation ? », JCP G 2015, doct. 954.
- THOURET (S.), « Validité exceptionnelle du mariage de la belle-fille avec le beau-père », AJ fam. 2014. 124.
- ZENATI-CASTAING (F.), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTD civ. 2016. 511.

➤ **A propos de CA, Aix en provence, 02 décembre 2014, n°13/17939**

- BINET (J-R.), « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », Dr. Fam. 2014, n°1, comm. 1.
- BINET (J-R.), « Austerlitz ou Bérézina pour la nullité de l'article 161 du Code civil ? », Dr. fam. 2015, n°3, mm. 44.
- HAUSER (J.), « La relativité de l'inceste ? », RTD civ. 2015. 361.
- D. 2015. 1408, D. VIGNEAU et J-J. LEMOULAND.

➤ **A propos de CEDH, Labassée c/ France, n° 65192/11 et Mennesson c/ France, n° 65941/11, 2014**

- FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », AJDA 2014, 1763.

➤ **A propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 08 décembre 2016, n° 15-27.201 (n° 1450 FS-P+B+R+I)**

- BINET (J-R.), « Nullité d'un mariage incestueux et droit à la vie privée et familiale », 2017, Dr. fam. n°2, comm. 24.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Feu mon ex-beau-père et mari, feu mon mariage », RJPF, 2017, n°2.
- DOUCHY-OUDOT, (M.) « Contentieux familiaux », D. 2017. 470.
- GALLMEISTER (I.), « Nullité du mariage entre alliés en ligne directe : contrôle de proportionnalité », D. 2016. 2568.
- HAUSER (J.), « La proportionnalité proportionnelle et l'opposabilité aux tiers », RTD civ. 2017. 102.
- HOUSSIER (J.), « Le mariage entre alliés devant la Cour de cassation : Acte II », AJ fam. 2017. 71.
- VIGNEAU (V.), « Libres-propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017. 123.

➤ **A propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 08 mars 2017, n°16-18.685, inédit**

- GOUËZEL (A.), « Le PACS sans couple, une hérésie », D. 2017. 2038
- HAUSER (J.), « De la nature juridique du PACS », RTD civ. 2017. 358
- HILT (P.) « Deux personnes qui sont unies par des relations qu'entretient habituellement un père avec son fils peuvent conclure un pacte civil de solidarité », AJ fam. 2017. 363.
- HOUSSIER (J.), « Un Pacs "entre père et fils" », RJPF, 2017, n°6.
- LEMOULAND (J-J.) & VIGNAUD (D.), « Droit des couples », D. 2017. 1082
- SAULIER (M.), « À quoi sert le PACS ? », D. 2017. 1292

➤ **A propos de TGI Valenciennes, 30 mars 2017, n° 16/01794**

- X. LABBÉE, « L'homme qui a valablement épousé sa soeur face à l'adage "quae temporalia" », Gaz. Pal. 2017, n°25, p21.

➤ **A propos de CA Caen, 8 juin 2017, RG n°16/01314**

- BATTEUR (A.), « L'enfant né d'un inceste entre frère et soeur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », D. 2017. 2107.
- FULCHIRON (H.), « L'enfant né d'un inceste », Dr. fam. 2017, n°11, comm 224.
- HOUSSIER (J.), « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », AJ Fam. 2017. 545.

◆ Jurisprudence

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE :

- T. civ. Seine, 07 février 1850, DP 1850. 3. 15.
- T. civ. Vienne, 28 décembre 1865, DP 1867.3.45.
- T. civ. Versailles, 13 janvier 1892, S. 1892. 3. 92.
- T. civ. Seine, 21 juin 1907, Gaz. Pal. 1907. 2. 398.

- TGI, Lille, 03 février 1987, JCP 1990. II. 21447.
- TGI, Lille, 06 mai 1996, n° [XTGIL060596X].

- CA, Nîmes, 03 décembre 1811, Sir 12. 2. 138.
- CA, Caen, 08 avril 1833, Jur. Caen 1833. II. 643.
- CA, Paris, 18 mars 1850, DP 1851. 2. 30.
- CA, Metz, 07 février 1854, D. 1854.2.217.
- CA, Chambéry, 07 février 1885, DP 1885. 2. 241.
- CA, Grenoble, 14 janvier 1889, DP 1890. 2. 193.
- CA, Paris, 30 avril 1963, D. 1963. 428.
- CA, Paris, 13 novembre 1990, RG n°89/12266.
- CA, Paris, 20 juin 1995, D. 1995, IR 192.
- CA, Toulouse, 28 mars 1995, RG n°94/2440.
- CA, Reims, 30 janvier 1997, RG n°2974/95.
- CA, Paris, 10 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-020403.
- CA, Paris, 21 janvier 1999, RG n°98/13890.
- CA, Caen, 07 novembre 2000, JCP 2002. II. 10001.
- CA, Rennes, 24 janvier 2000, RG n° 99/02944.
- CA, Nîmes, 06 février 2002, RG n°01/248.
- CA, Paris, 29 avril 2003, D. 2003, 2716.
- CA, Paris, 03 avril 2008, n° 07/20081.
- CA, Aix en Provence 02 décembre 2014, n°13/17939.

- Cass. Soc., 12 juillet 2005, n°04-13.342.

- Cass. Crim, 04 février 1998, Bull. crim. n°43, p109.
- Cass. Crim., 23 septembre 2010, 09-84.108, Bull. crim. n° 141.

- Cass. Req. 28 novembre 1877, DP 1878.1.209.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 1976, D. 1978.489.
- Cass. Civ. 1^{ère}, *Renneman*, 10 janvier 1984, JCP 1984.II.20210.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, n°96-17.112, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 06 janvier 2004, n° 01-01.600, Bull. civ. I, n°2.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, Bull. civ. I, n°101.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07 avril 2006, n°05-11285, Bull. civ. I, n°195.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 08 juillet 2010, n°09-12.623, Bull. civ. I, n°158.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, n°12-40.021, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, Bull. Civ. I, n°176.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04 décembre 2013, n°12-26.066, Bull. civ. I, n°234.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05 octobre 2016, n°15-25.507, publié au bulletin.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 08 décembre 2016, n° 15-27.201 (n° 1450 FS-P+B+R+I).
- Cass. Civ. 2^{ème}, 03 juin 2004, n°02-19.886, Bull. civ. II, n°273.

- Cass. Ch. Mixte, Vabre, 24 mai 1975, n°73-13.556, Bull. mixt, n°4.

- Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, n°99-13.701, Bull. AP, n°9.
- Cass. Ass. Plén., 15 avril 2011, n°10-17.049, Bull. AP, n°1.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE :

- CE, Ass. Plén. 1989, *Nicolo*, n°108243.
- CE, 12 Octobre 2005, n° 264446.
- CE, 24 août 2011, n°320321.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE :

- CJCE, *Van Gend en Loos*, aff 26/62, 1963.
- CJCE, *Costa c/ Enel*, aff 6/64, 1964.

- CEDH, *Affaire linguistique belge*, n°1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, 1968.
- CEDH, *Handyside*, n°5493/72, 1976.
- CEDH, *Sunday Times c/ R-U*, n°6538/74, 1979
- CEDH, *Marckx c/ Belgique*, n°6833/74, 1979.
- CEDH, *Dudgeon c/ RU*, n°7525/76, 1981.
- CEDH, *Jonhson c/ Irlande*, n° 9697/82, 1986.
- CEDH, *Müller et autres c/ Suisse*, n°10737/84, 1988.

- CEDH, Kruslin c/ France, n°11801/85, 1990.
- CEDH, Observer et Guardian c/ R-U, n°13585/88, 1991.
- CEDH, Hoffmann c./ Autriche, n° 255-C, 1993.
- CEDH, Keegan c/ Irlande, n° 16969/90, 1994.
- CEDH Kroon c/ Pays-Bas, n° 18535/91, 1994.
- CEDH, Johansen c/ Norvège, n°17383/90, 1996.
- CEDH, Camp et Bourimi c/ Pays Bas, n° 28369/95, 2000.
- CEDH, Mazurek c/ France, n° 34406/97, 2000.
- CEDH, Youssef c/ Pays-Bas, n° 33711/96, 2002.
- CEDH, B. L. C/ R-U, n°36536/02, 2005.
- CEDH, Draon c/ France et Maurice c/ France, n° 1513/03, 2005.
- CEDH, Leyla Sahin c/ Turquie, n° 44774/98, 2005.
- CEDH, KA et AD c/ Belgique, n° 42758/98, 2005.
- CEDH, Schmidt c/ France, n°35109/02, 2007.
- CEDH, Stübing c/ Allemagne, n°43547/08, 2012.
- CEDH, Gas et Dubois c/ France, n° 25951/07, 2012.
- CEDH, Paradiso et Campanelli c/ Italie, n° 25358/12, 2017.

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE :

- United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *Muth v. Frank*, 412 F3d 808, 2005.

DÉCISIONS CONSTITUTIONNELLES :

- Cons. const, 13 août 1993, JO 1993, p11722.
- Cons. const. 09 novembre 1999, n°99-419 DC.
- Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC.
- Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC.
- Cons. const., 17 février 2012, n° 2011-222 QPC.
- Cons. const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC.

AUTRES DÉCISIONS ET AVIS :

- Décision n°MDE-2012-90, 24 août 2012.

◆ Colloques et séminaires

- Actes de colloque : *Discussions autour de la réforme de la Cour de cassation*, (Lyon, 18 novembre 2016), disponible à <https://webtv.univ-lyon3.fr/>.
- Actes de colloque : *Nouvelles réalités, nouveaux besoins, nouvel imaginaire : réflexions autour de la parenté au XXI^e siècle*. (Lyon, 16 février 2017).

◆ Divers

- Communiqué de presse de l'arrêt CEDH, Stübing c/ Allemagne, 2012, n°43547/08.
- Communiqué de presse à propos de CEDH, *B. L. C/ R-U*, 2005, n°36536/02, disponible à <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=921009&Site=COE&direct=true>.
- Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.
- ESTROSI (Ch.), « Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? », Mission parlementaire, Ministère de la justice, juillet 2015.
- GIRAUD (F.), DÉRIOT (G.), LORRAIN (J-L.), Rapport n°174 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 16 janvier 2002, p19.
- Note d'information sur la jurisprudence de la Cour, n°151, Avril 2012.
- Rapport annuel 2012 de la CEDH, p93.
- Rapport de l'arrêt Cass. Civ. 1^{ère}, 04 décembre 2013, n°12-26.066, disponible à https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html.

◆ **Ouvrages.**

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- CANTO-SPERBER (M.), *La philosophie morale britannique*, PUF, 1994.
- MARZANO (M.), *L'éthique appliquée*, PUF, 2^{ème} édition, 2015.
- OGIEN (R.) & CANTO-SPERBER (M.), *La philosophie morale*, PUF, 3^{ème} édition, 2013.
- RUSS (J.) & LEGUIL (C.), *La pensée éthique contemporaine*, PUF, 4^{ème} édition, 2015.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ACCARDO (A.), *Introduction à une sociologie critique, Lire Bourdieu*, Agone, 2006.
- ANDRÉ (J.) *et alii*, *Incestes*, PUF, 2001.
- AUBRY (I.) et LOPEZ (G.), *L'inceste*, Dunod, 2017.
- BARRAYCOA (J.), *Du pouvoir dans la modernité et la postmodernité*, Hora Decima, 2002.
- BERNOS (M.) *et alii*, *Le fruit défendu – les chrétiens et la sexualité de l'antiquité à nos jours*, Le centurion, 1985.
- BÜHLER (P.) *et alii*, *Justice en dialogue*, Labor et Fidès, 1982.
- CAZENEUVE (J.), *L'avenir de la morale*, Editions du rocher, 1998.
- COUMAILLE (J.) et SINGLY (F.) (dir.), *La Question familiale en question*, L'Harmattan, 1997.
- DAVAL (R.), *Moore et la philosophie analytique*, PUF, 1997.
- DOMENACH (J-M.), *Une morale sans moralisme*, Flammarion, 1992.
- ETCHEGOYEN (A.), *La valse des éthiques*, François Bourin, 1990.
- HÉRITIER (F.), CYRULNIK (B.), NAOURI (A.), *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000.
- JOURNET (N.) (dir.), *La Morale : éthique et sciences humaines*, Editions Sciences humaines, 2012.
- KELLERHALS (J.) *et alii*, *Microsociologie de la famille*, PUF, 1993.
- LARMORE (C.), *Modernité et morale*, PUF, 1993.
- LEGENDRE (P.), *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard, Paris, 1985.
- MACINTYRE (A.), *Après la vertu*, PUF, 1997
- MARZANO (M.), *Je consens donc je suis... Ethique de l'autonomie*, PUF, 2006.
- MERLEAU-PONTY (M.), *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945
- MBONGO (P.) (dir.), *L'excès – L'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare et Martin, 2012.
- MOSCOVICI (S.), *La société contre-nature*, Editions du Seuil, 1994.
- NUROCK (V.), *Sommes-nous naturellement moraux ?*, PUF, 2011.

- OGIEN (R.), *Le réalisme moral*, PUF, 1999.
- OGIEN (R.), *Penser la pornographie*, PUF, 2003.
- OGIEN (R.), *Le rasoir de Kant et autres essais de philosophie pratique*, L'éclat, 2003.
- OGIEN (R.), *La panique morale*, Grasset & Fasquelle, 2004.
- OGIEN (R.), *La morale a-t-elle un avenir ?*, Editions Plein Feux, 2006.
- OGIEN (R.), *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007.
- OGIEN (R.), *La vie, la mort, l'Etat : le débat bioéthique*, Grasset, 2009.
- OGIEN (R.), *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Grasset & Fasquelle, 2011.
- OGIEN (R.), *L'Etat nous rend-il meilleurs ? – Essai sur la liberté politique*, Gallimard, 2013.
- OGIEN (R.), *Philosopher ou faire l'amour*, Grasset, 2014.
- OGIEN (R.), *Mon dîner chez les cannibales (et autres chroniques du monde d'aujourd'hui)*, Grasset, 2016
- OGIEN (R.) & TAPPOLET (C.), *Les concepts de l'éthique – Faut-il être conséquentialiste ?*, Herman, 2^{ème} édition, 2009.
- PARAT (H.), *L'inceste*, Collection Que sais-je ?, PUF, 2010.
- PERELMAN (C.), *Ethique et Droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990.
- PIERRON (J-Ph.), *Où va la famille ?*, LLL, 2014.
- RACAMIER (P.), *L'inceste et l'incestuel*, Editions du Collège, 1995.
- RADICA (G.), *Philosophie de la famille : communauté, normes et pouvoirs*, Vrin, 2013.
- RUDE-ANTOINE (E.) & PIÉVIC (M.), *Ethique et Famille*, Tome I, II et III, L'Harmattan, 2011.
- SCHOPENHAUER (A.), *L'art d'avoir toujours raison*, Librio, 2014.
- SEGALIN (M.), *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 1993.
- TERRÉ (D.), *Les questions morales du droit*, PUF, 2007.
- WEBER (M.), *Sociologie du droit*, PUF, 1986.

THÈSES

- MONVOISIN (R.), *Pour une didactique de l'esprit critique : zététique & utilisation des interstices pseudoscientifiques dans les médias*, Thèse, Grenoble I, 2007.

ENCYCLOPÉDIES

- AURAU (S.) (dir.), *Notions philosophiques*, PUF, 1990.
- DRIVAUD (M-H.) (dir.), *Le Petit Robert*, 2015.
- Encyclopédie universalis dématérialisée (<http://www.universalis.fr/encyclopedie/>).
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} édition, 2010.
- MAIRE (P.) & ROBINSON (A-F.) (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, 2015.

◆ Articles

- AMBROISE-RENDU (A-C.), « L'inceste doit-il être interdit par le droit ? Deux siècles d'incertitude (1810-2010) », *Esprit*, 5/2012 (Mai), p17 s.
- ATTIGUI (P.), « Inceste, destructivité et processus thérapeutique », in *Le Journal des psychologues*, n°207, mai 2013.
- BARUS-MICHEL (J.), « Inceste et pédophilie, quelle jouissance, quel interdit ? », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2007, n° 3, p209 s.
- BORAN (I.), « Le conséquentialisme et le problème de prédiction », *APD*, 2004, p305 s.
- BOYER (A.), « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », *APD*, 2004, p276 s.
- CITOT (V.), « Les temps hypermodernes, de Gilles Lipovetsky », *Le Philosophoire*, 2004, n°1, p184s.
- DEKEUWER (C.), POIZAT-AMAR (C.), GUERIN (J-F.), CALLU (M-F.) et SANLAVILLE (D.), « Tourisme procréatif : les problèmes éthiques soulevés par la découverte d'une anomalie génétique chez un donneur de sperme provenant d'une banque européenne » (à paraître).
- ELIACHEFF (C.) & HEINRICH (N.), « Étendre la notion d'inceste : exclusion du tiers et binarisation du ternaire », *A contrario*, 2005/1 (Vol. 3), p136 s.
- FINE (A.), « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'Homme*, n°205, 013, p99 s.
- GAZIAUX (E.), « La loi naturelle. Quelques repères historiques et interrogations contemporaines », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n°1, 2017, p53 s.
- GILBERT (H.), « De l'anthropologie à l'anthropotechnique ? », *Tumultes*, 2/2005 (n° 25), p. 49-64.
- GIULIANI (F.), « Le fantasme de l'inceste au prisme de l'écriture des pornographes de la Révolution française », *Hypothèses*, 1/2010 (13), p257 s.
- GREPILLAT (A.), « L'inceste comme tabou au regard de la Loi », *Lettre d'information du Criaiv Rhône-Alpes*, octobre 2011, n° 24.
- HÉRITIER (F.), « Entretien », *Raisons politiques*, 4/2005 (n°20), p113 s.
- LE BOHEC (J-B.), « Le droit et l'éthique minimale de Ruwen Ogien », 2016 (communication personnelle).
- LE CAISNE (L.), « Quand dire, c'est faire taire. Mise en récit médiatique d'une victime d'inceste », *Réseaux*, 2/2016 (n° 196), p. 207-234.
- LE RIDER (J.), « La postmodernité », *Commentaire*, 1991, n°54, p283 s.
- MARZANO (M.), « Le mythe du consentement », *Droits*, n°48, 2008, p109 s.
- MICHEL (A.), « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », *APD*, 1975, p127 s.
- MUSTAPHA (N.), « Jérôme Wilgaux, Enric Porqueres i Gené (et al.), *Les incertitudes de l'inceste. Autour de l'anthropologie symbolique de Françoise Héritier*. Paris, *Revue Incidence 9*, coll. « Textes de références », 2013, 304 p. », *Archives de sciences sociales des religions*, 4/2014 (n° 168), p313 s.

- NUROCK (V.), « Faut-il décerveler la morale ? Un examen philosophique de la neuroéthique », *Cités*, n°4, 2014, p43 s.
- PAIN (B.), « Les incertitudes de la bienveillance. Ou comment prendre soin de la personne âgée démente ? », *Esprit*, n°7, 2010, p153 s.
- PICAUVET (E.), « Conséquentialisme et description des issues sociales, APD, 2004, p291 s.
- PICAUVET (E.), « Peut-on confier à l'utilitarisme les problèmes de ce monde ? », *Communio* n°25, 2005, p55 s.
- RAVAT (J.), « Le réalisme moral analogique de Richard Boyd : enjeux, portée, limites », *Philosophia Scientiae*, p13 s.
- RONGÉ (J-L.), « Les filiations diaboliques », *Journal du droit des jeunes* 2013/1 ; n° 321, p43-44.
- RORTY (R.), « Entre Kant et Dewey : la situation actuelle de la philosophie morale », *Revue internationale de philosophie*, n°3, 2008, p235 s.
- ROY (L.), « Jalons pour une recherche sur l'acceptabilité sociale de l'innovation éco-conçue : aspects éthiques et épistémologiques de la norme environnementale », *Marché et organisations*, n°1, 2013, p83 s.
- SILVIA (C.), « Fabienne Giuliani, *Les Liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^{ème} siècle*. Paris, Publications de la Sorbonne, 2014 », *Clio*, 2/2015 (n° 42), p. 254-257.
- SPERANTA (D.), « Liberté de procréation et manipulation génétique. Pour une critique d'Habermas », *Raisons politiques*, n°4, 2003, p31 s.
- SPITZ (J-F.), « Républicanisme et droits de l'homme », *Le Débat*, 1997/5 (n° 97), p48 s.
- TAPIA (C.), « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *Connexions*, n°1, 2012, p15 s.

◆ **Colloques et séminaires.**

- Actes du 3^{ème} Congrès de la Société internationale d'études kantienne de la langue française : *Droit et vertu chez Kant*, (Athènes, 14-17 mai 1997)
- Actes de colloque : *Famille, éthique et justice*, (Limoges, 17 octobre 2014).
- Actes de colloque : *Norme et Loi, in Festival de Philosophie* (Lyon, 07 octobre 2016).

◆ **Ouvrages.**

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- JACQUARD (A.), *Concepts en génétique des populations*, Masson, 1977.
- ROSSIGNOL (J-L.), *Abrégé de génétique*, Masson, 1975.
- THOMPSON (J. & M.), *Précis de génétique médicale*, Doin, 1978.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- DEVAY (F.M.A), *Du danger des mariages consanguins sous le rapport sanitaire*, Masson, 1862.

MÉMOIRES & THÈSES

- GRANGE (E.), *Grossesse et consanguinité : quelles prises en charge après l'apparition de signes d'appels échographiques et quels devenir pour ces enfants ? : à propos de 186 cas entre 2004 et 2014*, Mémoire, Lyon I, 2015.
- PENOT (J.), *Évolution du mariage et consanguinité*, Thèse, Lyon I, 1902.
- THIBAUDIER (C.), *Mariages consanguins, mariages « à risques »*, Thèse, Lyon I, 1952.
- USEO (J-M.), *Enfants nés de l'inceste : d'un interdit de culture à une transgression contemporaine*, Thèse, Lyon I, 2014.

ENCYCLOPÉDIES

http://campus.crimes.fr/genetique-medicale/enseignement/genetique_2/site/html/5.html

◆ **Articles.**

- FAREED (M.) & AFZAL (M.), « Genetics of consanguinity and inbreeding in health and disease », *Ann Hum Biol.* 2017 Mar;44(2):99-107.
- KAPURUBANDARA (S.) *et alii*, « Consanguinity and associated perinatal outcomes, including stillbirth ». *Aust N Z J Obstet Gynaecol.* 2016 Dec;56(6):599-604.
- NG (D.), « The Implications of Parental Consanguinity on the Care of Neonates. » *Adv Neonatal Care.* 2016 Aug;16(4):273-82.
- SALAS (D.), « L'inceste, un crime généalogique », *Melempous* n°7, 1996, p109 s.
- SUTTER (J.) & L. TABAH, « Effets des mariages consanguins sur la descendance », *Population* 1951, n° 1, p. 59 s.
- SUTTER (J.) & TABAH (L.) « Fréquence et nature des anomalies dans les mariages consanguins », *Population* 1954, n° 3, p425 s.

AUTRES SOURCES

◆ Sites web.

- <http://www.lesessentiel.lu/fr/news/story/24412342>
- <http://www.lci.fr/insolite/video-il-se-fait-enlever-un-bout-de-mollet-pour-connaître-le-gout-de-la-viande-humaine-1506622.html>
- <http://sos-inceste-grenoble.org/>
- <https://www.senat.fr/lc/lc102/lc1020.html>.
- <http://www.sos-inceste-pour-revivre.org/>
- <https://aivi.org/>

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	3
SOMMAIRE	4
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
PARTIE I : L'INCESTE RÉGLEMENTÉ PAR LE DROIT CIVIL : UNE LÉGISLATION PRÉCAIRE.....	28
Titre I : Une législation déficiente	28
Chapitre 1 : Des déficiences originelles.....	29
Section 1 : Quant aux empêchements à mariage.....	29
Section 2 : Quant à l'interdiction d'établir une double filiation incestueuse	37
Chapitre 2 : Des déficiences grandissantes.....	49
Section 1 : Liées aux nouvelles formes de famille.....	49
Section 2 : Liées aux nouvelles formes de procréation	56
Titre II : Une législation surannée	60
Chapitre 1 : Le droit civil de l'inceste confronté à l'évolution du Droit	60
Section 1 : L'évolution générale du Droit.....	60
Section 2 : L'évolution particulière du Droit de la famille	68
Chapitre 2 : Le droit civil de l'inceste prochainement soumis à l'évolution du Droit ?.....	75
Section 1 : Le mariage incestueux à l'aune du principe de liberté.....	75
Section 2 : L'enfant incestueux à l'aune du principe d'égalité	88
PARTIE II : L'INCESTE PROHIBÉ PAR LE DROIT CIVIL : UN FONDEMENT MORAL INDISCUTABLE ?.....	108
Titre I : La protection d'entités abstraites : un fondement vulnérable.....	111
Chapitre 1 : Les entités <i>a priori</i> déconnectées de l'union incestueuse	111
Section 1 : La Nature.....	111
Section 2 : La Morale.....	121

Chapitre 2 : Les entités en lien direct avec l'union incestueuse	129
Section 1 : La Famille	129
Section 2 : La Société.....	134
Titre II : La protection de personnes concrètes : un fondement à relativiser	140
Chapitre 1 : Les personnes gravitant autour de l'union incestueuse.....	140
Section 1 : Les concitoyens en général.....	140
Section 2 : L'entourage proche.....	142
Chapitre 2 : Les personnes au cœur de l'union incestueuse	143
Section 1 : Le couple incestueux.....	143
Section 2 : L'enfant incestueux	149
ANNEXES	162
BIBLIOGRAPHIE	172
TABLE DES MATIÈRES	199