

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Parenté et conditions du mariage

Fierens, Jacques

Published in:

Cour constitutionnelle et droit familial

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2015, Parenté et conditions du mariage: la Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? dans *Cour constitutionnelle et droit familial*. Anthemis, Limal, pp. 131-158.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Parenté et conditions du mariage

La Cour constitutionnelle est-elle névrosée?

Jacques FIERENS

Professeur extraordinaire à l'Université de Namur

Professeur à l'Université de Liège

Professeur invité à l'Université catholique de Louvain

Avocat honoraire

*Va chercher des amis dont l'estime funeste
Honore l'adultère, applaudisse à l'inceste ;
Des traîtres, des ingrats, sans honneur et sans loi,
Dignes de protéger un méchant tel que toi.*

RACINE, *Phèdre*, acte IV, scène 2.

Selon Freud, les fixations incestueuses de la *libido* jouent le rôle principal de la vie psychique inconsciente. L'attitude incestueuse à l'égard des parents est le complexe central de la névrose, le signe de l'incapacité de s'affranchir des conditions infantiles de la psycho-sexualité¹. La Cour constitutionnelle, à supposer qu'existe une sorte d'inconscient collectif des juges, ne serait-elle pas névrosée? N'a-t-elle pas admis, à travers trois arrêts, une sorte de « droit à l'inceste »? Il n'en est rien. Bien au contraire, la Cour a répété à plusieurs reprises que la prohibition des relations incestueuses est justifiée. Dans un arrêt relatif aux empêchements du mariage, elle déplace à peine les frontières de l'interdit en estimant qu'une dispense doit être possible entre beaux-parents et beaux-enfants lorsque l'alliance qui crée l'empêchement a disparu; en matière d'établissement de la filiation d'un enfant dit incestueux, elle fait prévaloir sur les interdictions légales, sans entendre les faire modifier, l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*.

Je me propose de résumer la législation belge applicable à la matière, de commenter les arrêts de la Cour constitutionnelle concernés, mais aussi de rassembler les différentes explications données par le législateur ou par la jurisprudence concernant la justification de la prohibition de l'inceste et de son étendue, pour la confronter ensuite aux explications de la doctrine juridique récente. Parmi ces dernières domine la nécessité de prendre en compte la réalité socioaffective des rôles parentaux et des relations de fraternité ou de sororité. Or, cette insistance n'est pas une considération nouvelle et n'est sans doute pas la seule

¹ C'est le thème de *Totem et tabou* (1912). Dans la suite de cet article, on se réfère à la traduction de S. JANKÉLÉVITCH, 7^e éd., Paris, Payot, 1977.

explication du régime juridique belge de la prohibition de l'inceste, qu'on l'envisage de *lege lata* ou de *lege ferenda*.

I. La prohibition de l'inceste : une règle universelle aux contours éminemment variables

Tous les pouvoirs, quelle qu'en soit la nature, entendent régir le comportement sexuel. Il ne s'agit pas seulement des relations sexuelles ou du mariage, mais aussi, beaucoup plus largement, des codes vestimentaires, parfois du simple droit, pour certaines personnes, de se fréquenter et de se parler. Plus le pouvoir est fort, plus les interdits sont nombreux. En Belgique, où le pouvoir n'est pourtant pas autoritaire, on est encore loin d'un droit de la famille simplement « accompagnateur », que certains croient advenu².

On sait depuis longtemps que la règle la plus universelle et la plus absolue est à cet égard la prohibition de l'inceste, c'est-à-dire l'interdiction de relations physiques entre parents proches³. Elle serait même la prohibition à laquelle toutes les autres se ramènent, universelle comme le langage⁴. La proximité prise en considération est cependant très différente d'un système juridique à l'autre et d'une époque à l'autre. La manière dont s'exprime l'interdiction est éminemment culturelle, même si les fondements de notre droit civil se prétendent encore souvent comme « naturels »⁵. Au sein d'un même système, elle peut se modifier avec le temps.

En droit interne belge, aucune relation sexuelle entre adultes n'est toutefois interdite ni réprimée si elle est consentie, et l'inceste n'est, à première vue, pas défendu en tant que tel⁶. Toutefois, la prohibition de certaines unions est

indirectement et partiellement sanctionnée par le droit pénal, dans le cadre de la répression de l'attentat à la pudeur et du viol, et par le droit civil dans le cadre des empêchements du mariage et de l'établissement de la filiation⁷.

La Cour d'arbitrage devenue Cour constitutionnelle a rendu trois arrêts qui intéressent notre sujet, chaque fois sur des questions préjudicielles et en matière civile : dans l'ordre chronologique, l'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 relatif à l'établissement de la double filiation d'un enfant dit incestueux, l'arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006 concernant l'interdiction de mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance, enfin l'arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, à nouveau relatif à l'établissement de la filiation incestueuse.

La portée de ces arrêts n'est pas la même. Un seul a eu une conséquence directe sur ce que l'on pourrait appeler les frontières de l'inceste, et encore, en provoquant seulement la dispense éventuelle d'un empêchement du mariage. Les autres ont eu un impact sur une des sanctions civiles de la prohibition, l'interdiction de faire apparaître l'existence d'une relation incestueuse par l'établissement de la deuxième filiation d'un enfant.

Après avoir rappelé l'évolution du droit belge en la matière, nous nous interrogerons sur les raisons qui semblent avoir poussé le législateur à adopter ou modifier les lois, ou la Cour d'arbitrage à les déclarer inconstitutionnelles et,

prohibition de l'inceste pour la société actuelle?», in *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, pp. 269-274; E. LANGENAKEN, « Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique? », note sous C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 356-362.

On peut imaginer d'autres règles en rapport avec la prohibition de l'inceste. Freud, citant Frazer, note que chez les Basoga, tribu de l'actuel Ouganda, un homme ne peut parler à sa belle-mère que lorsqu'elle se trouve dans une autre pièce de la maison et qu'il ne la voit pas. Chez les habitants de l'île Salomon, l'homme, une fois marié, ne doit plus voir sa belle-mère ni lui parler. Lorsqu'il la rencontre, il feint de ne pas la connaître et se met à courir aussi vite que possible, pour se cacher (*Totem et tabou*, op. cit., p. 28). En plus des exemples qui fourmillent dans les ouvrages d'anthropologie consacrés à ce sujet, on peut observer qu'en droit traditionnel burundais et rwandais, un père ne peut rentrer dans la maison de sa fille si elle est mariée. Ni le gendre, ni la bru ne peuvent prononcer le nom de leur belle-mère, ni même le nom des choses ayant la même consonance. La bru ne peut prononcer le nom de son beau-père. La situation considérée comme la plus grave est celle de la relation entre l'oncle maternel et sa nièce. Il ne peut toucher celle-ci sans lui faire un cadeau. En principe, le gendre ne peut toucher sa belle-mère ni ne peut la voir manger, mais cette règle tombe en désuétude. Il se dit au Rwanda qu'un homme qui a des relations avec sa fille commet un acte tellement grave que les fourmis, réputées ne pouvoir être arrêtées par rien, s'arrêtent s'il crache devant elles. La société rwandaise a évidemment connu aussi des situations d'inceste. Les partenaires étaient, dans un tel cas, attachés à un grenier par une corde comme des chèvres et ils devaient bêler comme ces animaux. Le devin leur jetait l'eau purificatrice en disant : « Vous n'êtes pas des hommes, vous êtes des chèvres, que votre acte ne retombe pas sur la famille. » Ces enseignements sont donnés par le professeur Charles NTAMPAKA (Université de Namur), spécialiste du droit traditionnel de la Région des Grands Lacs, qui renseigne notamment les ouvrages d'Aloys BICIRUMWAMI, dont *Jyejyeyewe-Jyejyenyine* (Une anthropologie rwandaise traditionnelle), vol. I, Umuntu (L'homme), Nyundo, 1983.

² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 6.

³ Au sein d'une littérature surabondante, voy. F. HÉRITIER, *Les deux sœurs et leur mère. Anthropologie de l'inceste*, Paris, Odile Jacob, 1994; R. DELÛGE, *Anthropologie de la famille de la parenté*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2005, spécialement pp. 39 et s.; F. HÉRAN, *Figures de la parenté. Une histoire critique de la raison structurale*, Paris, PUF, 2009; V. BEDIN et M. FOURNIER (dir.), *La parenté en question(s)*, Auxerre, Sciences humaines éditions, 2013, spécialement pp. 13 et s.; P. LEGENDRE et A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Leçons IV, suite 2. Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard, 1990. Sur l'inceste dans la littérature occidentale, voy. B. D'ASTORG, *Variations sur l'interdit majeur. Littérature et inceste en Occident*, Paris, Gallimard, 1990.

⁴ Voy. Cl. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, PUF, 1967, p. 565.

⁵ « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers » (J. M. E. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf, p. 20.)

⁶ Sur cette question, voy. G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 439 et s.; Y.-H. LELEU et L. SALUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C. const., 9 août 1992, n° 103/112, *Rev. tr. dr. fam.*, 2013, pp. 213-228; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence? Commentaire de l'arrêt n° 103/2012 de la Cour constitutionnelle », *Journ. dr. j.*, novembre 2012, pp. 23 à 34; A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle

parallèlement, sur ce qui a pu être déterminant dans les solutions retenues par celle-ci.

II. Le droit belge

A. Le droit pénal

Comme le relèvera la Cour constitutionnelle, faisant elle-même référence à la Cour européenne des droits de l'homme, certains États ont opté pour la répression pénale de l'inceste alors que d'autres se limitent à interdire l'officialisation de certaines relations par le mariage⁸.

En droit pénal belge, l'inceste, sans être nommé, n'est implicitement désigné et indirectement sanctionné qu'en cas d'attentat à la pudeur ou de viol⁹. Constitue en effet une circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur celui qui est commis, même sans violences ni menaces, par tout ascendant ou adoptant sur la personne ou à l'aide de la personne d'un mineur non émancipé par le mariage. Il en est de même si le coupable est soit le frère ou la sœur de la victime mineure ou « toute personne qui occupe une position similaire au sein de la famille », soit toute personne cohabitant habituellement ou occasionnellement avec elle et qui a autorité sur elle¹⁰.

Quant au viol, constitue une circonstance aggravante le fait, pour le coupable, d'être l'ascendant ou l'adoptant de la victime, éventuellement majeure, son descendant en ligne directe ou un descendant en ligne directe d'un frère ou d'une sœur de la victime. Si le viol est commis sur une victime mineure, constitue une circonstance aggravante le fait que le coupable en est soit le frère ou la sœur ou « toute personne qui occupe une position similaire au sein de la

⁸ Arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, B.4.2, citant la Cour européenne des droits de l'homme, 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, § 28. Dans l'histoire, les sanctions pénales contre les infracteurs ont été souvent extrêmes.

⁹ Pour rappel, la « majorité sexuelle » déterminée indirectement par le Code pénal, c'est-à-dire l'âge à partir duquel la relation avec un mineur n'est pas un attentat à la pudeur, est fixée à 16 ans (art. 372, al. 1^{er}, C. pén.). L'accord de gouvernement Michel du 9 octobre 2014 prévoit que « [l]a législation concernant l'âge de la majorité sexuelle sera harmonisée » (point 6.3.1), ce qui ne veut pas dire grand-chose, même si l'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice prévoit que « [l]es différentes dispositions en matière d'âge de majorité sexuelle pénale seront également harmonisées pour les infractions de viol et d'attentat à la pudeur. En outre, il sera tenu compte du consentement du mineur, en particulier concernant l'admissibilité et la possibilité juridique du consentement à des actes sexuels (consensuels) entre mineurs » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2014-2015, n° 54-0020/018, p. 30). Voy. aussi la proposition de loi complétant le Code pénal en ce qui concerne la majorité sexuelle déposée par M^{mes} Karin Jiroffée et Karine Lalieux (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2014-2015, n° 54-10000/001), qui prévoit qu'il ne sera plus question d'attentat à la pudeur en cas d'actes sexuels entre un mineur âgé de 14 ans ou plus et un autre mineur âgé entre 14 et 16 ans ou une personne âgée de trois ans de plus au maximum.

¹⁰ Art. 372, al. 2, C. pén.

famille », soit toute personne cohabitant habituellement ou occasionnellement avec elle et qui a autorité sur elle¹¹.

Cette législation mélange, délibérément semble-t-il, l'inceste déduit de la consanguinité, l'inceste « du deuxième type », selon l'expression de Françoise Héritier¹² (c'est-à-dire certaines relations qui ne concernent pas des parents par le sang), la relation d'autorité sur la personne d'un enfant et la cohabitation ou le simple fait d'appartenir au même ménage. Elle confond peut-être également inceste et acte pédophile. D'ailleurs, les dispositions évoquées ont été introduites dans le Code pénal par la loi du 28 novembre 2000 « relative à la protection pénale des mineurs »¹³.

La pertinence d'une réponse répressive à l'existence de relations incestueuses, sa justification criminologique, que ce soit en termes de dissuasion, de défense sociale ou de répression, ne semblent guère avoir été discutées au sein des assemblées législatives, ni remises en question devant la Cour constitutionnelle.

B. Le droit civil

En droit civil, la prohibition de l'inceste ne s'exprime que par l'interdiction de certains mariages et par la nullité de ceux qui auraient été célébrés en violation de cette défense¹⁴, ainsi que par l'interdiction d'établir certaines filiations. Toutefois, ces sanctions n'ont pas le même objet et par conséquent les arrêts rendus par la Cour d'arbitrage ou la Cour constitutionnelle dans chacune de ces matières n'ont nullement la même portée. Les empêchements du mariage sont tournés vers l'avenir (empêcher une union future) et, pour prendre le risque d'énoncer une tautologie, ne visent que les unions sexuelles dans le cadre du mariage. L'interdiction d'établir une filiation qui révélerait une conception incestueuse est tournée vers le passé (ne pas faire apparaître ce qui a été) et par hypothèse ne concerne pas des relations sexuelles vécues dans le mariage, puisque les parents de l'enfant incestueux n'ont pu se marier.

¹¹ Voy. art. 377, al. 1^{er}, C. pén.

¹² F. HÉRITIER, *op. cit.*, p. 11.

¹³ La confusion entre inceste et acte pédophile est entretenue par certaines associations militant pour la (re)présentation de l'inceste. Ainsi, l'ASBL SOS Inceste, soucieuse avant tout de la situation des enfants, préconise une définition de l'inceste inspirée par les empêchements du mariage sans apparement s'interroger sur la relativité des limites qu'ils contiennent, et prône une répression qui s'étendrait au cas où la « victime », que l'on suppose alors être par définition la personne la plus jeune, est majeure : « Le premier article contiendrait la définition de l'inceste : "Tout abus sexuel réalisé par le parent d'une personne avec laquelle le mariage est impossible constitue le crime d'inceste. La victime, même majeure, est présumée n'y avoir pas consenti. L'acte est présumé avoir été commis avec l'aide de violences ou de menaces" » (Audition de Madame Astrid Bedoret, Commission spéciale relative au traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité, en particulier au sein de l'Église, 24 novembre 2010, CRIV 53 D002, p. 14).

¹⁴ Le mariage contracté en violation d'un empêchement à mariage, même « relatif », est frappé de nullité « absolue » en vertu de l'article 184 du Code civil.

Ce sont les raisons pour lesquelles seul l'arrêt n° 157/2006 concernant l'interdiction de mariage entre un beau-parent et un bel-enfant modifie indirectement la conception même de l'inceste, ce qui n'est pas le cas des arrêts n° 169/2003 et n° 103/2012 relatifs à l'établissement de la filiation incestueuse¹⁵.

Relevons aussi que les sanctions civiles, en 1804 comme aujourd'hui, ne peuvent s'appliquer que si la parenté *juridique* existe, ce qui signifie qu'il n'y a en principe pas, en droit civil, d'interdiction juridique fondée sur la seule parenté biologique. Ainsi, le mariage d'un homme avec sa fille ou son fils biologique n'est pas interdit si la filiation à son égard n'est pas établie¹⁶. Un enfant conçu par un frère et une sœur biologiques peut être doublement reconnu par ceux-ci si le lien juridique entre les parents n'est pas établi. Le concept juridique d'inceste prend de la sorte ses distances avec le concept anthropologique.

Il existe toutefois un empêchement tiré d'une « parenté alimentaire » découlant de l'application des articles 336 et 341 du Code civil. L'introduction, par une loi du 6 avril 1908, de l'action permettant à un enfant de réclamer des aliments à l'homme qui est supposé être son père biologique sans qu'il devienne son père juridique n'est en effet pas étrangère à la question de l'inceste. Elle a été considérée, lors de la réforme du droit de la filiation par la loi du 31 mars 1987, comme un palliatif de l'impossibilité d'établir une filiation adultérine ou incestueuse¹⁷. Dans cet unique cas, un empêchement à mariage se dresse entre des personnes qui ne sont pas unies par une parenté juridique.

La cohabitation légale ne provoque aucun empêchement¹⁸. Par exemple, le mariage d'une personne avec le cohabitant légal ou la cohabitante légale de son père ou de sa mère n'est pas interdit.

1. Les empêchements au mariage fondés sur la parenté

Toutes les sociétés distinguent les relations sexuelles occasionnelles de l'union officielle donnant lieu à une cérémonie considérée comme fondatrice d'un foyer, mais l'expression de la prohibition de l'inceste à travers les règles du

¹⁵ Freud note dès 1912 que « [l]a prohibition la plus répandue, la plus sévère et la plus intéressante, même pour les peuples civilisés, est celle qui porte sur les relations entre le gendre et la belle-mère. » (*Totem et tabou*, op. cit., p. 27.)

¹⁶ Y.-H. LELEU, op. cit., n° 330. Si la filiation juridique est établie après le mariage, celui-ci est annulable.

¹⁷ H. DE PAGE, *Traité*, 4^e éd. par J.-P. MASSON, t. II, vol. I, n° 1120; Y.-H. LELEU, op. cit., n° 673.

¹⁸ G. VERSCHOLDEN et K. VERSTRAETE, « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletelen tussen aanverwanten. Commentaar bij de Wet van 15 mei 2007 », *T.B.B.R.*, 2008, p. 295, n° 10. Émile Durkheim note pourtant en 1897 que les sociétés en général ne font pas de différence, en matière d'interdiction de l'inceste, entre les unions officielles et les autres. « Tout au plus peut-on se demander si parfois [l'inceste] a pu jouir d'une certaine tolérance quand il est commis au cours de rencontres accidentelles et sans lendemains. » (É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *L'Année sociologique*, 1896-1897, vol. 1, p. 4).

mariage s'explique aussi par le fait que notre Code civil, malgré la Révolution française et plus de deux siècles de transformations, est toujours héritier, en la matière, de la morale chrétienne. Au moins depuis saint Augustin, elle n'a considéré les relations sexuelles licites que dans le mariage institutionnalisé ayant pour but d'avoir des enfants¹⁹. Lorsqu'on sait que de moins en moins de couples se marient, on comprend que la portée de la première sanction civile s'estompe en proportion. Pour le dire simplement, pour contourner la sanction d'empêchement du mariage, il suffit de ne pas se marier.

Afin de situer à sa place exacte l'arrêt n° 157/2006 de la Cour d'arbitrage, il n'est pas inutile de revenir brièvement sur les raisons avancées par les rédacteurs du Code civil pour justifier les articles 161 et suivants du Code civil, tels qu'ils ont été promulgués en 1804.

a) Le Code civil de 1804

À son origine, le Code civil est moins restrictif que le droit canonique qui, depuis le quatrième Concile de Latran, en 1215, étend la prohibition en ligne collatérale au quatrième degré canonique, c'est-à-dire au huitième degré civil, mais il est plus restrictif qu'un décret de la Convention du 20 septembre 1792, qui se bornait à une interdiction de mariage entre les parents naturels et légitimes en ligne directe, entre les alliés dans cette ligne, et entre le frère et la sœur²⁰.

Le Code civil de 1804 dispose ainsi²¹ :

« Art. 161 – En ligne directe le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants²² légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne.

Art. 162 – En ligne collatérale le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.

Art. 163 – Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Néanmoins le Gouvernement pourra pour des causes graves, lever les prohibitions portées au précédent article.

Art. 348 – L'adopté restera dans sa famille d'origine et y conservera tous ses droits : néanmoins le mariage est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; entre les enfants²³ adoptifs du même individu ; entre l'adopté et les enfants qui pourraient revenir à l'adoptant ; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. »

¹⁹ Voy. spécialement SAINT AUGUSTIN, *Le bien du mariage. La virginité consacrée*, Paris, Institut d'études augustiniennes [Nouvelle bibliothèque augustinienne, n° 1], 1995.

²⁰ Art. 11.

²¹ Sur les controverses nées sous le régime hollandais, spécialement en ce qui concerne l'empêchement du mariage entre les veufs et leur belle-sœur, voy. A.-Ch. VAN GYSEL, op. cit., p. 262.

²² Orthographe modernisée.

²³ Orthographe modernisée.

Bref, l'interdiction du mariage en ligne directe s'applique sans limitation de degrés. Entre alliés (spécialement entre un enfant et le conjoint de sa mère ou le conjoint de son père), elle s'impose même quand l'alliance a pris fin par divorce ou décès. En ligne collatérale, le mariage est interdit au deuxième degré. Le mariage est également interdit en ligne collatérale au troisième degré, mais la dispense est possible²⁴. Il n'y pas d'interdiction de mariage entre les collatéraux au quatrième degré (cousins issus de germains), contrairement à une idée encore répandue (cette interdiction existe en droit canonique où elle est susceptible de dispense²⁵). Il est vrai cependant que la question a été discutée lors des travaux préparatoires du Code civil²⁶.

Les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir justifier la prohibition de l'inceste en ligne directe, si ce n'est en évoquant un ambigu droit naturel. Portalis se contente de dire que « le mariage est permis à tous ceux qui peuvent remplir le vœu de son institution. Il n'y a d'exception naturelle à cette règle de droit naturel, que pour les personnes parentes jusqu'à certains degrés. Le mariage doit être prohibé entre tous les ascendants et descendants en ligne directe : nous n'avons pas besoin d'en donner les raisons; elles ont frappé tous les législateurs. Le mariage doit encore être prohibé entre frères et sœurs, parce que la famille est le sanctuaire des mœurs, et que les mœurs seraient menacées par tous les préliminaires d'amour, de désir et de séduction, qui précèdent et préparent le mariage. Quand la prohibition est étendue à des degrés plus éloignés, ce ne peut être que par des vues politiques »²⁷. Les frontières de l'inceste entre collatéraux et alliés, en tant qu'empêchement du mariage, sont justifiées ainsi, selon Locré : « L'horreur de l'inceste du frère avec la sœur et des alliés au même degré, dérive du principe de l'honnêteté publique. La famille est le sanctuaire des mœurs; c'est là où l'on doit éviter avec soin tout ce qui peut les corrompre. Le mariage n'est sans doute pas une corruption; mais l'espérance du mariage entre des êtres qui vivent sous le même toit, et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allumer des désirs criminels, et entraîner des désordres qui souilleraient la maison tout entière, et ne former qu'un seul ménage dans une commune habitation »²⁸. En ce qui concerne l'interdiction de mariage entre les beaux-frères et les belles-sœurs, les rédacteurs du Code civil ont hésité avant de conclure que « des raisons solides ont fait défendre le

mariage entre alliés : " Ces prohibitions sont fondées, 1°, sur l'intérêt de multiplier les alliances; 2°, sur la nécessité de prévenir la corruption de mœurs qui se glissent facilement à la suite des communications familières, lorsque le mariage peut en effacer la honte; 3°, sur l'intérêt de ne pas laisser dégénérer les races; car l'expérience a prouvé que cet effet suit ordinairement les mariages entre individus de la même famille »²⁹. Quant à la prohibition de mariage entre oncles et nièces, tantes et neveux, « on a pensé que si la tante n'était pas toujours étrangère aux soins de la maternité, l'oncle, de son côté, tient souvent la place du père, et que dès lors il doit en remplir les devoirs »³⁰. Il y a ici une allusion claire au critère du « rôle parental » dont la doctrine parle beaucoup aujourd'hui (voy. *infra*).

b) La législation civile actuelle

Aujourd'hui, les empêchements du mariage fondés sur la parenté sont libellés ainsi dans le Code civil belge :

« Art. 161 – En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.

Art. 162 – En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frères, entre sœurs ou entre frères et sœurs.

Art. 163 – Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, ou entre la tante et la nièce ou le neveu.

Art. 164 – Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, la prohibition prévue pour les alliés au sens de l'article 161 et la prohibition portée au précédent article.

Art. 341 – Le jugement condamnant le défendeur au paiement d'une pension en vertu de l'article 336, produit les mêmes effets que l'établissement de la filiation paternelle en ce qui concerne les empêchements du mariage.

Art. 353-13 – Le mariage est prohibé :

1° entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants;

2° entre l'adopté et l'ancien conjoint de l'adoptant;

3° entre l'adoptant et l'ancien conjoint de l'adopté;

4° entre les enfants adoptifs d'un même adoptant;

5° entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

Les empêchements visés à l'alinéa 1°, 2° à 5°, peuvent être levés par le Roi pour des motifs graves.

Art 356-1 – [...] Sous réserve des empêchements à mariage prévus aux articles 161 à 164, l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine.»

En ligne directe, les interdictions sont les mêmes qu'en 1804, le texte ayant été adapté à la suppression de la différence de statut entre enfants légitimes et naturels par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à

²⁴ On parle en doctrine d'«inceste absolu» lorsque le mariage a été conclu en méconnaissance d'un empêchement à mariage dont aucune dispense n'est possible. Si une dispense était possible mais n'a pas été demandée ou accordée, on parle d'«inceste relatif». Il ne faut pas confondre la nature juridique de l'inceste et la nature de la nullité qui peut frapper le mariage. L'inceste «relatif» comme l'inceste «absolu» entraînent la nullité «absolue» du mariage.

²⁵ Can. 1078 et 1091 du Code de droit canonique du 23 janvier 1983.

²⁶ J.-G. LOCRIÉ, *Esprit du Code Napoléon*, t. II, 1805, pp. 112-114.

²⁷ *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, op. cit., p. 34. La finale est intéressante. On aimerait mieux savoir ce que Portalis entendait par «des vues politiques». S'il s'agit de manières particulières d'envisager la vie sociale et la structure de la polis, il touchait peut-être aux fondements mêmes de la prohibition de l'inceste que mettront à nu Freud et les anthropologues du XX^e siècle.

²⁸ J.-G. LOCRIÉ, op. cit., pp. 114-115.

²⁹ *Ibid.*, p. 116.

³⁰ *Ibid.*, p. 118.

la filiation. S'y ajoutent les interdictions consécutives à l'octroi d'une pension alimentaire non déclarative de filiation: chacun comprend que le débiteur d'une telle pension est le père biologique de l'enfant créancier.

Comme le notera l'arrêt n° 157/2006 de la Cour d'arbitrage rendu sur questions préjudicielles, le juge *a quo* a relevé que « [l]a prohibition du mariage entre ascendants et descendants qui résulte de l'article 161 du Code civil ne repose pas exclusivement sur des considérations de consanguinité puisqu'elle a été maintenue lorsque la loi a ouvert le mariage aux personnes de même sexe en dépit du fait que, dans ce cas, les risques dérivant de la consanguinité n'existent pas. Le Tribunal [de première instance de Verviers] avait relevé que la prohibition est également fondée sur l'ordre moral, à savoir la nécessité d'éviter les désordres graves au sein des familles qui pourraient résulter de telles unions »³¹. En outre, le tribunal avait souligné qu'il a été jugé à plusieurs reprises que « les dispositions des articles 161 et 164 du Code civil relevaient de l'ordre public en ce qu'elles visaient à faire prévaloir une certaine conception morale de la famille relevant d'un choix de société sur les intérêts privés des particuliers. Voici donc que l'« ordre moral », « l'ordre public » et « un choix de société », sans plus de précision, sont, en jurisprudence, amenés à justifier l'interdiction de mariage (entre alliés du moins) portée par l'article 161 du Code civil. Les parties défenderesses invoquent aussi « l'évolution des mœurs et de la société » ainsi que l'éventuel « désordre au sein de la famille » et le « risque de consanguinité »³².

Dans la même affaire, le Conseil des ministres soutenait que « [l]es relations sexuelles entre parents ou alliés proches sont universellement réprochées en raison des craintes qu'elles suscitent pour l'ordre social et la survie de l'espèce. Cette prohibition fondamentale se justifie par des raisons tant physiologiques que morales. La justification physiologique n'est plus aujourd'hui prépondérante puisque le législateur a maintenu la prohibition lorsqu'il a ouvert le mariage aux personnes du même sexe »³³. S'ajouterait donc à l'ordre social la prise en considération de rien moins que l'avenir de l'espèce humaine³⁴.

Entre alliés, l'interdiction visant le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs a été supprimée par la loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 du Code civil. La justification de cette suppression par le législateur est sommaire. Elle repose sur la considération implicite selon laquelle le droit, en cette matière, se bornerait à suivre l'évolution des pratiques et des mœurs: « La prohibition

actuelle du mariage entre beau-frère et belle-sœur est déjà appliquée de manière souple par la jurisprudence administrative. Il ressort de l'examen des dossiers qu'entre 1960 et 1997, 583 demandes de dispense ont été introduites, parmi lesquelles 7 seulement ont été rejetées. Le dernier refus date de 1996. Les mœurs ont tellement évolué avec le temps qu'aujourd'hui les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs ne suscitent plus aucune objection. Il s'indique dès lors également de lever la prohibition légale du mariage entre beau-frère et belle-sœur »³⁵.

Les articles 163 et 164 du Code civil ont été adaptés à l'introduction du mariage homosexuel dans notre droit par la loi du 13 février 2003.

Le lien adoptif crée également des empêchements du mariage, dans la famille adoptive et dans la famille d'origine. La loi du 2 juin 2010 modifiant le Code civil en ce qui concerne les empêchements à mariage en cas d'adoption a voulu harmoniser les empêchements à mariage applicables en cas d'adoption simple avec ceux applicables dans le cas de la filiation et de l'adoption plénière. Les modifications légales ont été motivées également par « la volonté de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle »³⁶.

c) L'arrêt n° 157/2006 de la Cour d'arbitrage

Par l'arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006, la Cour d'arbitrage a dit pour droit que l'article 161 du Code civil, en ce que, combiné avec les articles 163 et 164 du même Code, il prohibe de manière absolue le mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce que la Cour critique est donc le caractère absolu de l'empêchement, pas la prohibition elle-même.

Cet arrêt constitue la suite logique de l'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 relatif à l'établissement de la double filiation d'un enfant incestueux (voy. *infra*). La Cour d'arbitrage avait en effet déjà dit pour droit qu'en ce qu'il ne permet pas au père de reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage, dû à l'alliance, dont le Roi ne peut dispenser, lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

Pour se conformer à l'arrêt n° 157/2006 et en toute logique, la loi du 15 mai 2007 modifiera l'article 164 du Code civil de manière à permettre, dans certains cas, le mariage entre beau-parent et bel-enfant, qu'il s'agisse du gendre ou

³⁵ « Rapport fait au nom de la commission de la justice par Madame Jacqueline Herzet, Exposé introductif du ministre de la justice », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 788/2, p. 3.

³⁶ « Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Madame Valérie Déom », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, n° 1338/004, p. 3.

³¹ A.1.

³² A.4. À quoi le Conseil des ministres répond qu'il appartient au seul législateur d'apprécier la manière de tenir compte de l'évolution des mœurs et des mentalités (A.6).

³³ A.2.

³⁴ Ce n'est pas la première fois qu'est débattu en droit l'avenir de l'espèce humaine, prétendument menacée par certaines pratiques sexuelles. Dans un arrêt qui sera cassé, la Cour d'appel de Bruxelles, siégeant en matière correctionnelle, a qualifié l'homosexualité de « forme de dérèglement de la sexualité par cela seul qu'elle méconnaît la finalité de deux sexes différents, finalité dont l'abandon généralisé mène à l'extinction de l'espèce humaine » (Bruxelles, 11 décembre 1985, *J.T.*, 1986, p. 89).

de la bru ou d'un enfant du conjoint. L'empêchement demeure, mais la loi prévoit une possible dispense par le Roi, si l'alliance a disparu. Cette fois, la loi se fonde explicitement sur l'arrêt n° 157/2006 mais aussi sur un arrêt rendu le 13 septembre 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire *B. et L. c. Le Royaume-Uni*³⁷.

L'essentiel de la motivation de l'arrêt n° 157/2006 est la suivante : « L'empêchement du mariage entre les ascendants et descendants ainsi qu'entre les alliés dans la même ligne se fonde sur l'interdit de l'inceste, fondé lui-même sur des raisons différentes. Une première raison, d'ordre physiologique et eugénique, se fonde sur le risque accru que les enfants issus de mariages consanguins pourraient naître gravement handicapés. Une deuxième raison de nature éthique ou morale vise à éviter que des personnes qui font partie d'un même cercle familial n'aient des liens qui pourraient porter atteinte à l'ordre des structures familiales existantes. L'empêchement du mariage entre alliés en ligne directe, qui ne sont pas unis par des liens biologiques, est fondé sur des raisons d'ordre moral et social. Tout comme c'est le cas pour l'empêchement absolu du mariage entre les ascendants et les descendants, le législateur entend, à travers l'empêchement du mariage entre alliés en ligne directe, protéger l'intégrité de la famille en garantissant un certain ordre dans les ménages et en évitant une concurrence entre les membres du ménage. En outre, à travers l'empêchement du mariage, le législateur veut garantir la place de chaque génération au sein de la famille »³⁸. « Par son caractère absolu, la mesure a toutefois des effets disproportionnés en ce qu'elle interdit dans tous les cas à un beau-parent et un bel-enfant de contracter mariage après le décès du conjoint qui créait l'alliance.³⁹ » On le voit, la Cour cherche la justification de la prohibition de l'inceste d'une part dans l'eugénisme, d'autre part dans l'ordre des structures familiales, considéré avant tout sous l'angle de la place revenant à chaque génération.

La Cour d'arbitrage ne mentionne pas l'arrêt rendu le 13 septembre 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme qui provoquera, selon les travaux préparatoires, les dernières modifications de l'article 162 du Code civil. Dans l'affaire qui a donné lieu à cette décision strasbourgeoise, un homme et une femme que 21 ans séparent invoquaient une violation de l'article 12 de la Convention (droit de se marier et de fonder une famille), éventuellement combiné avec l'article 14 (non-discrimination), en raison du fait que la loi britannique ne leur permettait pas de se marier et que la Chambre des Lords leur avait refusé une dispense possible. La femme avait en effet épousé le fils que l'homme tenait de son premier mariage, avant de divorcer. L'homme avait divorcé également d'une seconde épouse. La femme avait un enfant de son union avec le fils du requérant, dont celui-ci était donc le grand-père.

³⁷ « Rapport fait au nom de la sous-commission "Droit de la famille" par Madame Annelies Storms », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2006-2007, n° 2293/002, p. 6.

³⁸ B.4.1 et B.4.2.

³⁹ 8.7.

La Cour européenne reconnaît le droit des États parties de poser des choix moraux délicats, évoque l'importance de la protection des enfants, ainsi que du renforcement d'un environnement familial sécurisant. Elle légitime la préservation de l'intégrité de la famille par la prévention des rivalités sexuelles entre parents et enfants et la prévention des torts causés à ces derniers, qui peuvent être affectés par les changements de relations entre les adultes qui les entourent⁴⁰. Toutefois, dans le cas dont elle a à connaître, « [t]here are no incest, or other criminal law, provisions to prevent extra-marital relationships between parents-in-law and children-in-law being established notwithstanding that children may live in these homes »⁴¹. On peut donc déduire de cette motivation qu'après avoir attiré l'attention surtout sur la nécessité de règles devant assurer la protection des enfants, la Cour décide qu'il n'y a pas d'inceste dans une situation telle que celle qui lui est soumise. C'est peut-être la raison pour laquelle la Cour d'arbitrage n'a pas fait mention de cet arrêt de la Cour européenne. La première maintient que la relation entre un beau-parent et un bel-enfant est incestueuse, ce que dénie la seconde.

2. L'interdiction d'établir une filiation incestueuse

a) Le Code civil de 1804

En 1804, les articles 331, 335 et 342 du Code civil interdisent la légitimation ou la reconnaissance des enfants « nés d'un commerce incestueux ou adultérin », ainsi que la recherche de leur paternité ou de leur maternité.

Cette législation doit se comprendre dans un contexte où la maîtrise de la fécondité par la contraception n'existait pas et où il n'était pas possible, comme aujourd'hui, de choisir entre l'acte sexuel infécond et l'acte sexuel éventuellement fécond. À propos de l'article 331, Loqué dira : « Cette disposition était commandée par l'intérêt des mœurs et par les principes de la matière. Par l'intérêt des mœurs : "les fruits de l'adultère et de l'inceste ne sauraient être assimilés à ceux d'un hymen légitime"; "tousjours ils ont été considérés comme une telle monstruosité dans l'ordre social, qu'on est allé jusqu'à leur refuser des aliments". [...] Cette rigueur était sans doute excessive, et ne devait pas être maintenue; mais elle dérivait d'un principe respectable. La prudence publique avait fait opposer aux crimes toutes les barrières capables de l'arrêter. Peut-être que la perspective affligeante d'enfants éternellement plongés dans la misère et dans la honte, sans qu'il fût possible de les secourir, détournerait des désordres qui devaient avoir infailliblement des suites aussi funestes. Mais, en ne portant pas la sévérité aussi loin, du moins la loi ne pouvait, sans affaiblir les dispositions par lesquelles elle réprime, dans l'intérêt des mœurs, l'inceste et l'adultère,

⁴⁰ §§ 36-37.

⁴¹ § 38.

accorder à ceux qui se seraient permis ces crimes les consolations de la paternité.»⁴²

Il est permis de penser également que l'interdiction avait pour objet de protéger indirectement les adultes, spécialement les hommes, qui avaient commis un inceste, en ne faisant pas apparaître leur acte. Quand l'établissement d'une deuxième filiation indique un rapport incestueux entre les concepteurs, il s'agit presque toujours de la filiation paternelle. On peut en trouver la trace dans l'assimilation de l'enfant né d'un inceste et d'un enfant né d'un adultère, ce dernier étant loin d'avoir été banalisé comme c'est le cas aujourd'hui⁴³. Les bourgeois du XIX^e siècle ne tenaient pas plus à faire apparaître leurs relations adultères, sans doute fréquentes, que leurs relations incestueuses, sans doute plus rares.

Les conséquences de l'interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse sur les enfants préoccupaient donc déjà les premiers rédacteurs du Code civil, qui ont compris qu'ils se trompaient de cible, puisqu'ils rappelaient eux-mêmes qu'un enfant peut être la victime innocente du comportement de ses parents. L'intérêt de l'enfant n'a cependant pas paru d'un poids suffisant, à l'époque, pour contrebalancer «l'intérêt des mœurs». La Cour constitutionnelle le soupèsera autrement.

b) La législation civile actuelle

Dans les travaux parlementaires qui aboutiront à la loi du 31 mars 1987, on lit que le projet initial entendait donner le même statut juridique à tous les enfants, y compris à ceux qui seraient issus d'une relation incestueuse. Or, ce sont des considérations relatives à l'intérêt de l'enfant qui entraîneront la solution contraire, comme en 1804: «Compte tenu des conceptions qui ont cours dans nos sociétés, on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement les intérêts de cet enfant.»⁴⁴ Certains parlementaires avaient pourtant à nouveau argué qu'on ne peut faire supporter à l'enfant «les effets néfastes des rapports familiaux ou sexuels des adultes»⁴⁵.

Après la loi du 31 mars 1987, deux modifications seront apportées au régime de l'établissement de la filiation d'un enfant incestueux. La loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la

⁴² J.-G. LOCRÉ, *op. cit.*, t. IV, 1806, pp. 140-141.

⁴³ Avant la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, qui ne fait plus de l'adultère une cause péremptoire de divorce, la doctrine notait déjà que si la présomption de gravité et d'outrage s'attachait encore en principe à l'adultère, la jurisprudence se faisait de plus en plus souple en cas de contestation de ce caractère outrageant. Voy. G. HIERNAUX, «Le divorce et la séparation de corps», in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence (1999-2004)*, Bruxelles, Larcier, [Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 56], 2006, n° 110-113.

⁴⁴ Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1984-1985, n° 904/2, p. 88.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 80.

filiation et aux effets de celle-ci entend tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 169/2003 du 17 décembre 2003 en autorisant l'établissement de la double filiation d'un enfant né d'un rapport entre alliés en ligne directe lorsque l'union créant l'empêchement a été dissoute par décès ou divorce (voy. *infra*). La loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente a par ailleurs introduit l'article 325-5 dans le Code civil pour adapter les interdictions d'établir la double filiation d'un enfant né – si l'on peut dire – de deux femmes alliées en ligne directe.

Par conséquent, les articles pertinents sont à présent libellés comme suit:

«Art. 313 – [...] § 2 Toutefois, la reconnaissance [par la mère] n'est pas recevable lorsqu'elle ferait apparaître entre le père et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce. [...]

Art. 314 – [...] Toutefois, l'action [en établissement de la filiation maternelle] n'est pas recevable lorsqu'elle ferait apparaître entre les père et mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce. [...]

Art. 321 – Le père ne peut reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce.

Art. 325 – La recherche de paternité est irrecevable lorsque le jugement ferait apparaître entre le père prétendu et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce.

Art. 325-5 – La coparente ne peut reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et elle un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce.»

En résumé, le double lien de filiation ne peut jamais être établi si l'enfant est issu de parents entre lesquels existe un empêchement absolu du mariage. Cette double filiation peut toujours être établie si l'enfant est issu de parents entre lesquels existe un empêchement relatif du mariage.

La solution ainsi résumée est plus claire que le texte législatif. On a en effet observé que les articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil – et il faut ajouter à présent l'article 325-5 – précisent tous que l'établissement du double lien de filiation n'est pas recevable lorsqu'il ferait apparaître entre les parents «un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce». Or, depuis la loi du 1^{er} juillet 2006 mentionnée plus haut, une dispense peut désormais être demandée au Roi en vertu de l'article 164 du Code civil, c'est-à-dire que l'empêchement du mariage entre alliés en ligne directe

est devenu relatif. Dès lors, l'hypothèse d'un mariage créant un empêchement absolu ne se vérifiera plus jamais⁴⁶.

c) L'arrêt n° 169/2003 de la Cour d'arbitrage

L'arrêt n° 169/2003 de la Cour d'arbitrage du 17 décembre 2003 décide : « En ce qu'il ne permet pas au père de reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage, dû à l'alliance, dont le Roi ne peut dispenser, lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution. »

La Cour relève que le problème est dans une certaine mesure différent selon que la relation dite incestueuse qui pourrait apparaître a eu lieu entre alliés ou entre parents, seuls liés par le sang. Il faut entendre la question préjudicielle comme relative aux seuls problèmes où l'alliance est en cause, puisque le cas dont le juge *a quo* est saisi est celui d'un enfant dont la filiation maternelle est établie et dont les auteurs étaient alliés (en ligne directe), le mariage dont résulte cette alliance étant dissous.

Ce serait trop dire que la Cour va faire prévaloir sur l'intérêt social de celer une relation incestueuse l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines et à voir établie sa double filiation. Elle ne prend pas position en général, mais dans le cas particulier d'une relation dite incestueuse fondée sur une alliance qui n'existe plus. En effet, elle énonce que « [s]ans qu'il soit nécessaire en l'espèce d'examiner si l'intérêt de l'enfant ou l'ordre social peuvent pâtir de ce que le caractère "incestueux" de la relation dont cet enfant est issu apparaisse, même quand l'obstacle à cette relation était un lien d'alliance et non de parenté, la prohibition en cause est disproportionnée quand le lien d'alliance est dissous »⁴⁷.

La Cour était interrogée également sur une discrimination éventuelle entre les pères et les mères, la seconde filiation dont l'établissement est interdit étant dans la majorité des cas la filiation paternelle. L'arrêt estime que cette seconde question n'appelle pas de réponse, parce que « [l]a différence des règles relatives à l'établissement de la filiation maternelle et de la filiation paternelle tient en grande partie à la nature même des choses »⁴⁸. Revoilà le débat sur la « nature » qui s'invite encore régulièrement, depuis deux millénaires et demi, dans les débats relatifs à l'interdiction de l'inceste.

Si certains peuvent souffrir de ce qu'une reconnaissance survenant à ce moment révèle rétrospectivement qu'ils sont issus d'une relation jugée scandaleuse, poursuit la Cour, il ne s'ensuit pas nécessairement que disparaissent dans leur chef tout intérêt à faire valoir le droit fondamental, que la Convention internatio-

⁴⁶ Voy. G. MATHIEU, *op. cit.*, p. 452, n° 789.

⁴⁷ B.2.2 et B.5.

⁴⁸ B.8.

nale relative aux droits de l'enfant reconnaît à celui-ci, d'être élevé par ses parents, c'est-à-dire par ses auteurs⁴⁹.

La motivation principale de l'arrêt est donc l'intérêt de l'enfant quant à son droit d'être élevé par ses parents, effet de la filiation, consacré par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui voit ici son effet juridique accru⁵⁰.

d) L'arrêt n° 103/2012 de la Cour constitutionnelle

Par un arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012⁵¹, la Cour constitutionnelle répond à une question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Huy, ainsi libellée : « L'article 325 du Code civil viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et aux articles 3.1 et 7.1 de la Convention de New York relative aux Droits de l'Enfant, en tant que l'article précité prive un enfant issu d'une relation incestueuse dont l'obstacle est un lien de parenté de faire établir sa filiation paternelle alors que ses pairs, qu'ils soient issus d'un mariage, d'un concubinage ou d'une relation extraconjugale ne faisant pas apparaître d'empêchement à mariage, voire même d'une relation incestueuse (au sens de l'article 325 du Code civil modifié) dont l'obstacle est un lien d'alliance dissous, ont la possibilité de faire établir tant leur filiation maternelle que paternelle ? En l'espèce, le décès du père dont la filiation est recherchée vient de surcroît faire obstacle au maintien de la relation incestueuse à l'origine de la filiation. »

⁴⁹ La Cour se réfère à l'article 7.1 de la Convention de New York : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquies une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. » La Cour ne confond pas le droit de connaître ses origines et le droit de voir établir sa filiation. Ce n'est pas le premier qu'elle prend en compte, mais le droit d'être élevé par ses parents. Ce dernier implique l'établissement de la filiation.

⁵⁰ Par l'arrêt n° 106/2003 du 22 juillet 2003, la Cour d'arbitrage avait dit, à propos précisément de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique » (B.4.2).

⁵¹ Les commentaires ont été nombreux. Voy. Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *op. cit.*, pp. 213 et s.; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », obs. sous C. const. 9 août 2012, n° 103/2012, J.L.M.B., 2012, pp. 1286 et s.; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 23 à 34; J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in *Actualités du droit des personnes et des familles*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2013, vol. 141, pp. 112 et 113; A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ? », *Act. dr. fam.*, 2012/7, pp. 152 à 156; M. VERHOEVEN, « Vaststelling dubbele afstamming bij incest mogelijk », *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, pp. 4 et 5; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éds), *Ouders en kinderen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 25; T. WUYTS, « Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel », *T. fam.*, 2012, pp. 221 et s.

Même si la question préjudicielle porte sur le seul établissement judiciaire de la filiation paternelle d'enfants dont la filiation maternelle est déjà établie et qui, en l'espèce, sont nés d'une relation entre un demi-frère et une demi-sœur, ce qui est débattu cette fois est la discrimination éventuelle entre enfants, en fonction de la « qualité » de leur filiation⁵².

La Cour explique les raisons de la prohibition de l'inceste en termes semblables à ceux qu'elle a utilisés dans l'arrêt n° 157/2006 relatif aux empêchements du mariage : « Les empêchements à mariage en ligne directe ou en ligne collatérale se fondent sur l'interdit de l'inceste, fondé lui-même sur des raisons diverses. Une première raison, d'ordre physiologique et eugénique, est le risque accru que les enfants issus de mariages consanguins pourraient naître gravement handicapés. Une deuxième raison, de nature éthique ou morale, est d'éviter que des personnes qui font partie d'un même cercle familial n'aient des liens qui pourraient porter atteinte à l'ordre des structures familiales existantes. En outre, à travers l'empêchement à mariage, le législateur veut garantir la place de chaque génération au sein de la famille. »⁵³

La Cour rappelle que tous les États membres du Conseil de l'Europe ne réglementent pas la prohibition de l'inceste de la même manière et dans la même mesure. Il en ressort qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction du mariage entre les personnes qui partagent un lien de sang et la prohibition de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes.

Elle rappelle aussi que l'interdiction d'établir un double lien de filiation a été justifiée, par le législateur belge de 1987, par l'intérêt de l'enfant⁵⁴. Or, « [s]i dans certains cas, il peut être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie une double filiation qui révèle le caractère incestueux de la relation entre ses parents, l'on ne saurait affirmer qu'il en va toujours ainsi, notamment dans les cas où, comme en l'espèce, la filiation paternelle serait établie judiciairement à la demande de l'enfant ou de son représentant légal agissant en son nom. [...] En interdisant dans tous les cas l'établissement du double lien de filiation des

enfants nés d'une relation entre personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage, la disposition en cause empêche la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. »⁵⁵ La Cour prend en compte l'intérêt de l'enfant *in concreto*, et non en général. L'ajout du qualificatif « supérieur », qui ne se retrouve pas dans l'article 22bis de la Constitution, indique clairement qu'elle se réfère à l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, d'ailleurs invoqué par les parties en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Et plus loin : « [C]ontrairement à l'empêchement à mariage, l'interdiction absolue de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une telle relation n'est pas une mesure pertinente pour atteindre ces objectifs. En effet, en empêchant dans tous les cas l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation, la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée. En outre, en ce qu'elle préjudicie surtout aux enfants issus de la relation jugée répréhensible et non aux personnes qui en sont responsables, elle porte une atteinte disproportionnée au droit des enfants concernés à bénéficier, si tel est leur intérêt, d'un double lien de filiation. »⁵⁶

La Cour constitutionnelle a ainsi cherché un plus juste équilibre entre « la norme symbolique – l'interdit de l'inceste – et la norme égalitaire – plus précisément, l'égalité entre enfants, lue à la lumière de l'intérêt supérieur de ceux-ci »⁵⁷. L'innovation n'est pas la remise en question de la prohibition de l'inceste, mais la pondération des intérêts et l'augmentation du poids, dans la balance, de celui de l'enfant, qui devient « primordial » au sens de l'article 3, § 1^{er}, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ou de l'article 22bis, dernier alinéa, de la Constitution, qu'il a inspiré⁵⁸.

III. Les fondements de la prohibition de l'inceste invoqués ou évoqués par les auteurs et les commentateurs

On le voit, les explications de la prohibition de l'inceste alimentent les controverses sociologiques, anthropologiques et juridiques depuis plus d'un siècle. On s'attachera ici à quelques-unes des justifications portées par l'histoire législative et jurisprudentielle que l'on a tenté de résumer, en les complétant par celles qui sont discutées plus spécialement par la doctrine juridique récente en Belgique, moins innovante qu'il pourrait y paraître à première vue.

⁵⁵ B.8.1.

⁵⁶ B.8.2 et B.8.3.

⁵⁷ P. MARTENS, *op. cit.*, p. 1286.

⁵⁸ Sur le sens de « l'intérêt supérieur de l'enfant », voy. l'Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant, 29 mai 2013.

⁵² Il faut reconnaître que les faits dont devait connaître le Tribunal de Huy n'étaient pas banals. A.P. et M.M. se sont rencontrés dans le courant de l'année 1989, alors qu'ils étaient âgés respectivement de 21 et 25 ans. Ils ignoraient alors qu'ils étaient frère et sœur par leur mère. Une relation s'est nouée entre eux. Il semble qu'ils aient appris l'existence de leur lien de parenté quelque temps après. Ils ont vécu ensemble à partir de l'année 1991. Ils ont fait une déclaration de cohabitation légale devant l'officier de l'état civil de leur lieu de résidence en mars 2008. Trois enfants sont nés de leur union, en 1995, 1999 et 2000. Ces enfants n'ont pas été reconnus par leur père mais ont néanmoins été élevés par leurs deux parents. Ils ont vécu ensemble avec ceux-ci sans discontinuer. A.P. est décédé accidentellement sur le chemin de son travail le 12 mai 2010. Le Tribunal de première instance de Huy est saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la paternité d'A.P. vis-à-vis des trois enfants. Cette demande est introduite par M.M., en son nom personnel ainsi que, à toutes fins, en sa qualité d'héritière d'A.P., ainsi que par le tuteur *ad hoc* des trois enfants.

⁵³ B.4.1. Comp. avec l'arrêt n° 157/2006, B.4.1 et B.4.2.

⁵⁴ B.5.

A. Les points de repère inadéquats

On aura compris, en suivant l'évolution du droit belge en matière de prohibition de l'inceste, que beaucoup d'arguments historiquement utilisés pour la justifier sont devenus obsolètes ou que, du moins, ils ne peuvent plus guère être entendus par la doctrine.

1. La nature

La justification des lois par la référence à la nature, à la *physis*, remonte aux présocratiques et n'a cessé de provoquer la controverse. De Page enseigne encore, à l'évidence à tort, que la réprobation de l'inceste procède en premier lieu de l'instinct naturel⁵⁹.

La référence au « droit naturel » n'est en effet pas le décalque d'un ordre juridique lisible, inscrit dans la raison humaine, mais une manière d'exprimer les présupposés, les fondements de l'ordre juridique que l'on décrit ou que l'on défend⁶⁰. Or, les présupposés sont justement ce qui ne peut être démontré, ce qui fait de l'explication des règles relatives à la prohibition de l'inceste par la nature une frustration constante.

2. Le sacré, la souillure

Dans de multiples cultures, et encore aujourd'hui, l'interdiction de l'inceste revêt un caractère sacré. La plupart lie les interdictions sexuelles aux symboles du *tabou* et de la *souillure*. Comme l'écrivait Paul Ricoeur, « [a]insi on est frappé par l'importance et la gravité attachées à la violation des interdictions de caractère sexuel dans l'économie de la souillure ; la prohibition de l'inceste, de la sodomie, de l'avortement, des relations en des temps – et parfois des lieux – défendus est si fondamentale que l'inflation du sexuel est caractéristique du système même de la souillure, au point qu'entre sexualité et souillure une complicité indissoluble paraît s'être nouée dans un temps immémorial »⁶¹. *Incestum* veut d'ailleurs dire « souillure »⁶². Les anciens Grecs parlaient d'*anosîs sunousia*, qui signifie « union sacrilège, impie »⁶³.

Certes, notre droit rejette aujourd'hui toute allusion à un sacré qui ne soit pas déposé dans le droit lui-même⁶⁴. La longue tradition culturelle qui la situe dans

un domaine séparé, interdit et inviolable indique cependant que la question de l'inceste est particulière en ce qu'elle touche au cœur de la condition anthropologique, du sens de l'existence et du sens des relations parentales.

3. Les bonnes mœurs et l'ordre moral

La justification de la législation relative à l'inceste, quelle qu'elle soit, est souvenant cherchée, comme on l'a vu, dans la préservation des bonnes mœurs et de l'ordre moral. De Page range la prohibition du mariage en raison de la parenté ou de l'alliance dans la section consacrée aux « conditions d'ordre moral », tout en soulignant qu'elle se justifie autant par des raisons physiologiques que « par des motifs de convenance »⁶⁵.

Cet argument autoréférent à la morale est creux parce qu'il dit simplement que l'ordre juridique doit être conforme à l'ordre moral, qui doit être conforme à l'ordre juridique, etc. Les bonnes mœurs et l'ordre moral utilisés comme concepts en droit sont des notions à contenu variable, nécessairement imprécises, sans contenu figé, et leur raison d'être est de n'avoir pas de signification déterminée. Une variante de la justification des lois par la défense des bonnes mœurs est l'argument de « l'évolution » des mœurs, comme l'a invoquée le législateur à propos de la loi du 27 mars 2001 qui a supprimé l'empêchement du mariage entre beau-frère et belle-sœur. Un tel argument présuppose que les changements de comportement de certains sujets de droit constituent a priori une évolution et repose l'éternelle question de savoir si les mœurs influencent la loi ou si la loi influence les mœurs. Faut-il déplacer les limites de l'inceste à cause de certaines pratiques, ou au contraire les maintenir pour empêcher ces pratiques ? Il serait temps de se rendre compte une fois pour toutes que la causalité est circulaire : l'effectivité d'une norme renforce sa légitimité et provoque son entrée dans le cercle de la légalité ; la légalité d'une norme renforce sa légitimité et son effectivité⁶⁶.

4. L'eugénisme

L'eugénisme et la crainte de voir naître des enfants tarés si leurs parents ont des liens trop proches ne valent évidemment que pour l'inceste fondé sur la consanguinité, et pas pour l'inceste de deuxième type. C'est ce souci d'eugénisme qui explique spécialement la prohibition fondée sur la parenté alimentaire, telle que découlant de l'application de l'article 336 du Code civil.

de l'homme eux-mêmes sont littéralement sacrifiés. Le droit de propriété l'est spécifiquement à l'article XVII.

⁵⁹ H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 510.

⁶⁰ Voy. F. OST, « Considérations sur la validité des normes et systèmes juridiques », *J.T.*, 1984, p. 1 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 255-314 ; des mêmes, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spécialement ch. IV : « La validité des normes juridiques : une qualité graduelle et conditionnelle ».

⁵⁹ H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 523.

⁶⁰ Sur les ambiguïtés du droit naturel, voy. J. FIERENS, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2014, spécialement pp. 401 et s. ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002.

⁶¹ P. RICOEUR, *Philosophie de la volonté. Finitude et culpabilité*, II, *La symbolique du mal*, Paris, Aubier Montaigne, 1960, pp. 33-34.

⁶² F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1934, p. 794. On le sait, le sentiment de souillure est aussi évoqué par les victimes en cas de viol.

⁶³ A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, 26^e éd., Paris, Hachette, 1963, p. 170.

⁶⁴ Le moment de la sacralisation du droit aux dépens des références antérieures à la divinité est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Dans le préambule, les droits

Monsieur Van Gysel se donne beaucoup de mal pour prouver, à travers des exemples historiques, la non-pertinence de l'argument⁶⁷, mais Émile Durkheim⁶⁸ ou Claude Lévi-Strauss l'avaient déjà démonté cent fois.

Par ailleurs, il est d'autres domaines dans lesquels le législateur se montre bien peu soucieux de risques plus graves de voir des enfants naître handicapés, comme par exemple dans le cas de femmes accouchant après 40 ans.

B. Les points de repère adéquats

Deux explications de la prohibition de l'inceste demeurent dominantes, l'échange nécessaire des femmes entre les groupes sociaux et l'expression du complexe d'Œdipe.

1. L'échange des femmes

Certains pensent que la prohibition de l'inceste est consubstantielle à l'apparition même du droit et que toute règle de vie en société en dérive. On connaît la thèse rendue célèbre par Claude Lévi-Strauss⁶⁹, que l'on trouve déjà chez Émile Durkheim et Sigmund Freud⁷⁰, citant lui-même James George Frazer: «C'est ainsi qu'au lieu de conclure de l'interdiction légale de l'inceste qu'il existe pour l'inceste une aversion naturelle, nous devrions plutôt conclure à l'existence d'un instinct naturel poussant à l'inceste, et que si la loi réprime cet instinct comme tant d'autres instincts naturels, c'est parce que les hommes civilisés se sont rendu compte que la satisfaction de ces instincts naturels serait nuisible au point de vue social.»⁷¹ Il y va d'une logique d'échange des biens et des femmes – et, pour Lévi-Strauss, des paroles – entre les groupes sociaux: «Mais que ce soit sous une forme directe ou indirecte, globale ou spéciale, immédiate ou différée, explicite ou implicite, fermée ou ouverte, concrète ou symbolique, c'est l'échange, toujours l'échange, qui ressort comme la base fondamentale et commune de toutes les modalités de l'institution matrimoniale. [...] La prohibition de l'inceste est moins une règle qui interdit d'épouser mère, sœur ou fille, qu'une règle qui oblige à donner mère, sœur ou fille à

autrui. C'est la règle du don par excellence.»⁷² La valeur fonctionnelle de l'exogamie est d'abord de maintenir le groupe social comme groupe et d'éviter son fractionnement par les mariages consanguins; elle manifeste en même temps l'existence sociale des groupes étrangers et d'autrui, et la nécessité de recourir à l'alliance pour se perpétuer.

On a observé que plus le groupe est replié sur lui-même, par exemple parce qu'il est constitué par une tribu vivant de manière très isolée, plus les interdits sont nombreux. En ce sens, ce qui pourrait contribuer à expliquer le rétrécissement des frontières de l'inceste dans un système juridique comme le nôtre, est que la prohibition est moins nécessaire qu'auparavant parce que les relations habituelles entre les personnes et les moyens de déplacement et de communication contemporains permettent sans difficulté de trouver un ou une partenaire éventuellement très éloigné de son lieu de vie⁷³.

Il est peut-être bon de rappeler que la théorie de Lévi-Strauss se présente aussi comme une théorie économique. C'est dans le cadre de l'échange de biens et de paroles qu'intervient la règle de l'exogamie, forcée en quelque sorte par la prohibition de l'inceste. Ce contexte rappelle l'importance économique des alliances, évidemment toujours actuelle, et les aspects «politiques», au sens large, des interdictions. Les règles d'exogamie doivent d'ailleurs composer avec un autre phénomène parmi les plus constants de la sociologie familiale: l'endogamie sociale et économique, qui veut que, s'il faut chercher un partenaire sexuel en dehors de son groupe rapproché, ce partenaire doive présenter une valeur d'échange⁷⁴. C'est ainsi qu'encore aujourd'hui, les chances d'épouser ou de fonder une famille avec un partenaire de même origine sociale et économique sont particulièrement élevées⁷⁵. D'un côté des frontières de l'inceste s'impose l'exogamie, de l'autre côté une certaine endogamie est à l'évidence préservée, donc encouragée⁷⁶.

⁷² Cl. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, op. cit., pp. 548-549 et 552. Maurice Godelier dénonce toutefois le fait que Lévi-Strauss, par la fameuse formule qui termine cette citation, met sur le même plan la mère, la sœur et la fille. «On voit mal, nous l'avons dit, un fils échanger sa mère pour se procurer une épouse. Nous n'en connaissons pas d'exemple» (M. GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004, p. 446).

⁷³ Comment ne pas songer notamment au programme Erasmus et au film *Lauberge espagnole* de Cédric Klapisch, 2002?

⁷⁴ On oublie parfois qu'il convient de penser les règles de l'exogamie comme celles qui déterminent a contrario celles de l'endogamie. Sur cette dernière, voy. notamment F. HÉRTIER-AUGÉ et E. COPET-ROUGIER (éds), *Les complexités de l'alliance*, t. 2, *Les systèmes complexes d'alliance matrimoniale*, Paris, Éditions des Archives contemporaines, 1991, spécialement les contributions consacrées aux sociétés européennes.

⁷⁵ Il suffit par exemple, pour s'en convaincre, de lire le «Carnet familial» de *La Libre Belgique* ou simplement de regarder autour de soi...

⁷⁶ Les terribles lois de Nuremberg sont un exemple extrême de l'endogamie imposée par un pouvoir raciste et autoritaire. La loi sur la protection du sang et de l'honneur allemand (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*) du 15 septembre 1935 interdit en son article 1^{er} les mariages entre Juifs et citoyens de sang allemand ou apparenté. De tels mariages sont réputés nuls, même s'ils ont été conclus à l'étranger. La procédure d'annulation doit être initiée par le ministère public. Aux termes de l'article 2, les relations sexuelles extraconjugales avec les Juifs sont également prohibées.

⁶⁷ A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle?», op. cit., pp. 270 et s. De Page entérine sans hésiter l'argument d'eugénisme, qui complète celui de «l'instinct naturel». Voy. H. DE PAGE, op. cit., n° 523.

⁶⁸ É. DURKHEIM, «La prohibition de l'inceste et ses origines», op. cit., pp. 38 et s.

⁶⁹ «En projetant, si l'on peut dire, les sœurs et les filles en dehors du groupe consanguin, et en leur assignant des époux provenant eux-mêmes d'autres groupes, elle [la prohibition de l'inceste] noue entre ces groupes naturels des relations d'alliance, les premiers qu'on puisse qualifier de sociaux. La prohibition de l'inceste fonde ainsi la société humaine, et, en un sens, elle est la société» (Cl. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale deux*, Paris, Plon, 1973, p. 29).

⁷⁰ Sur la critique de Freud par Lévi-Strauss, voy. *Les structures élémentaires de la parenté*, op. cit., pp. 562-564.

⁷¹ J. G. FRAZER, op. cit. par S. FREUD, *Totem et tabou*, op. cit., p. 187.

2. Le refoulement du complexe d'Œdipe

On l'a dit, la tentation de pratiquer l'inceste est la première caractéristique de la névrose : « Or, chez le névrosé nous trouvons régulièrement des restes considérables d'infantilisme psychique, soit parce qu'il n'a pas été capable de s'affranchir des conditions infantiles de la psycho-sexualité, soit parce qu'il y est retourné (arrêt de développement ou régression). C'est pourquoi les fixations incestueuses de la *libido* jouent de nouveau ou jouent encore le rôle principal dans sa vie psychique inconsciente. Nous sommes ainsi amenés à voir dans l'attitude incestueuse à l'égard des parents le *complexe central* de la névrose. »⁷⁷

Le point de vue psychanalytique s'accorde ainsi avec l'anthropologie : la prohibition de l'inceste n'a rien de naturel, au sens où la nature comme spontanéité pousse au contraire toute personne à vouloir s'unir à la personne la plus proche possible, sa mère. L'interdiction de cette union et l'interdiction du meurtre du père constituent dès lors sous un autre angle le fondement même du droit. Le refoulement du complexe d'Œdipe est provoqué par l'éducation et la culture dont celui-ci constitue une partie. À cet égard, l'argument de la préservation symbolique de la place de chaque génération, mentionné par la Cour constitutionnelle, est du même ordre.

Notre droit est cependant peu logique : si la différence symbolique entre les générations doit fonder le droit familial, ne faudrait-il pas interdire notamment les unions entre personnes d'une différence d'âge équivalente à une génération, soit environ 25 ou 30 ans ?

C. La proximité de vie, les liens parentaux et de fratrie

1. Le fondement de la prohibition de l'inceste et la parenté socioaffective

Plusieurs voix se font entendre en doctrine juridique belge pour justifier la prohibition de l'inceste par la proximité de vie de certaines personnes, exprimée à travers la notion de rôle parental et de fratrie, ce qui implique la discussion, au demeurant entamée depuis plusieurs années, de ce qui fait aujourd'hui la parentalité, la fraternité et la sororité : le sang ou la désignation, la parole du père ou de la mère énonçant « Celui-ci est mon fils, celle-là est ma fille ».

De plus en plus d'auteurs estiment que la parole de monstration est plus importante que les liens génétiques. L'adoption, les procréations médicalement assistées, la gestation pour autrui, la coparenté renforcent cette origine performative de la parenté, puisque ces pratiques ou ces institutions juridiques créent sans aucun doute des liens familiaux détachés de la réalité biologique et ne peuvent notamment pas expliquer la prohibition de l'inceste par des considérations eugéniques. « On est géniteur ou génitrice par un acte biologique de mise au

monde. On devient mère ou père par un acte symbolique, c'est-à-dire par des gestes et des paroles qui inscrivent charnellement un lien filial. »⁷⁸

Pour Alain-Charles Van Gysel, il serait essentiel pour la construction de la personnalité d'un individu que les personnes qui se sont engagées avec elle dans un lien parental ou de fratrie ne transgressent pas le contenu de ce rôle⁷⁹. Laurence Brunet et Jehanne Sosson estiment que c'est la « composante psychosociologique » qui paraît aujourd'hui la plus pertinente et que la prohibition de l'inceste doit être centrée sur les rôles sociaux occupés par chacun dans l'espace familial ainsi que sur les sentiments parentaux et fraternels qui se développent au quotidien⁸⁰. L'importance de l'épanouissement personnel, ou l'opinion que l'on a de l'épanouissement personnel, qui exprime en langage contemporain ce que les anciens appelaient tout simplement la recherche du bonheur et à quoi le droit a toujours prétendu se consacrer⁸¹, joue également un rôle prédominant dans les solutions préconisées *de lege ferenda*.

Cette insistance n'est pas seulement un mouvement général de refus des interdits dans un monde de plus en plus individualiste, la trace d'un libéralisme juridique qui gagne du terrain⁸². Certes, la remise en question de la prohibition de l'inceste est l'indice d'une certaine conception de la liberté, qui passe par la liberté sexuelle et qui consiste à prétendre « Je fais ce que je veux ». C'est le grand fantasme de l'homme et de la femme contemporains : se poser soi-même dans l'existence, sans dépendre de personne, faire ce qui est possible parce que c'est possible. Mais s'il existe un domaine fondamental dans lequel il est impossible se faire exister soi-même, de s'autofonder, de ne dépendre de personne, ce sont les relations familiales⁸³. « L'homme vient d'autres que lui : voilà une dimension que notre époque refuse de s'avouer, obsédée qu'elle est par la figure de l'individu qui se construit lui-même. »⁸⁴

L'inceste et sa prohibition reposent aussi la vieille question philosophique de l'identité et de la différence. Il est recherche du même, de la confusion, et, par voie de conséquence, refus d'une véritable altérité du partenaire sexuel. Ou

⁷⁸ J.-D. CAUSSE, *Figures de la filiation*, Paris, Cerf, 2008, p. 47.

⁷⁹ A.-Ch. VAN GYSEL « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle? », *op. cit.*, pp. 277 et s.

⁸⁰ L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in H. FULCHIRON (dir.), *Parenté, filiation, origines*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 62.

⁸¹ « Puisque toute connaissance, tout choix délibéré aspire à quelque bien, voyons quel est selon nous le bien où tend la Politique, autrement dit quel est de tous les biens réalisables celui qui est le Bien suprême. Sur son nom, en tout cas, la plupart des hommes sont pratiquement d'accord : c'est le bonheur, au dire de la foule aussi bien que des gens cultivés ; tous assimilent le fait de bien vivre et de réussir au fait d'être heureux » (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1095a, tr. fr. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1979, p. 40).

⁸² C'est la thèse de Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *op. cit.*, n° 1 et 11.

⁸³ Sur l'impossibilité de se fonder ou de s'engendrer soi-même et les relations de ce constat avec une conception de la liberté voy. J.-D. CAUSSE, *op. cit.*, pp. 89 et s.

⁸⁴ M. GAUCHET, « Sortie ou transformation de la religion? », in P.-O. MONTEIL (éd.), *La Grâce et le Désordre*, Genève, Labor et Fides, 1998, p. 77.

⁷⁷ S. FREUD, *op. cit.*, p. 34.

encore, il exprime une négation de la distance, donc du respect d'autrui, parce que respect veut dire reconnaissance d'une distance (*re-spiciere* veut littéralement dire « regarder en arrière », contempler la distance qui existe)⁸⁵.

Désigner les rôles sociaux comme fondement de l'inceste n'est pas fondamentalement différent de l'explication des ethnologues et des psychanalystes : le fait, pour des enfants, d'avoir été éduqués ensemble même s'ils ne sont pas frères et sœurs du point de vue biologique crée un lien qui pourrait les encourager à se choisir comme partenaires sexuels alors qu'ils devraient, aux yeux du groupe, fonder une famille avec une personne étrangère à ce groupe⁸⁶. On a rappelé que les rédacteurs du Code civil avaient exclu le mariage en ligne collatérale au 3^e degré parce que la tante et l'oncle pouvaient, plus fréquemment dans la société de l'époque qu'aujourd'hui, remplir le rôle de la mère ou du père. Le Coran interdit le mariage entre un frère et une sœur de lait, c'est-à-dire nourris par la même femme, même s'ils n'ont aucun lien de parenté⁸⁷.

L'importance des rôles sociaux joués au sein de la famille rejoint aussi l'argument psychanalytique : la filiation et les liens collatéraux qu'elle engendre, tout comme le complexe d'Édipe, concernent non pas le père biologique mais le père symbolique, le père désigné comme tel par le langage, et les frères et sœurs symboliques. Il convient de prendre « symbolique » dans son sens étymologique également : le symbole est ce qui unit, le lien ; il s'oppose au diable, qui divise. Or, le lien familial est créé par la parole et non par le sang.

⁸⁵ Sur le respect, ses liens avec la justice et l'altérité, voy. V. JANKÉLÉVITCH, *Traité des vertus*, t. 2, *Les vertus et l'amour*, Paris-Montréal, Bordas, 1970, pp. 772 et s.

⁸⁶ Durkheim discute déjà les conséquences que le législateur en tire : « On s'accorde généralement aujourd'hui pour reconnaître que si le droit et les mœurs s'opposent aux mariages entre parents, ce n'est pas à cause des inconvénients hygiéniques que peuvent avoir ces unions mais c'est, dit-on, qu'elles seraient subversives de l'ordre domestique. On entend d'ordinaire par là que, comme la vie de famille, à cause des rapprochements dont elle est l'occasion, risque d'éveiller les désirs sexuels en même temps qu'elle en facilite la satisfaction, le désordre et la débauche y seraient à l'état endémique si le mariage entre proches était licite. On ne voit pas qu'on prête ainsi aux législateurs le plus étrange raisonnement ; car ce serait un singulier moyen, pour prévenir les unions irrégulières entre parents, que de refuser à ces derniers le droit de s'épouser régulièrement. On ne combat pas le concubinage en défendant le mariage c'est plutôt l'inverse qu'il eût fallu faire. Or, justement, dans presque toutes les législations, c'est surtout le mariage qui est considéré comme inconciliable avec la parenté. Le simple commerce sexuel, quoique souvent puni, est plus fréquemment l'objet d'une certaine tolérance ; notre droit pénal l'ignore si notre morale le condamne » (É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*, pp. 58-59).

« Vous sont interdites vos mères, filles, sœurs, tantes paternelles et tantes maternelles, filles d'un frère et filles d'une sœur, mères qui vous ont allaités, sœurs de lait, mères de vos femmes, belles-filles sous votre tutelle et issues des femmes avec qui vous avez consommé le mariage ; si le mariage n'a pas été consommé, ceci n'est pas un péché de votre part ; les femmes de vos fils nés de vos utérus ; de même que deux sœurs réunies – exception faite pour le passé. Car vraiment Dieu est pardonneur et Miséricordieux » (Sourate IV, *Anissaa*, 22-23).

2. L'impossible évaluation des liens sociaux

La prise en compte des liens sociaux et des rôles familiaux plutôt que des liens du sang explique probablement les modifications apportées au Code pénal à travers les articles 732 et suivants, et la confusion relative entre les différents types d'inceste.

Toutefois, on imagine mal une évolution parallèle en matière civile. Faut-il interdire les relations sexuelles entre personnes proches en fait plutôt qu'en droit ? Si oui, comment ? À supposer que la prohibition de l'inceste continue à s'exprimer à travers les empêchements du mariage et l'établissement de la filiation, comment déterminer les rôles respectifs de chacun des membres de la famille ? Selon quelles méthode ou grille d'analyse ? Qui aura le pouvoir exorbitant de les constater ? Le juge ? Le Roi, à travers le système des dispenses, par ailleurs à juste titre critiqué⁸⁸ ?

En droit matériel, va-t-on par exemple réintroduire l'empêchement entre beaux-parents et beaux-enfants parce que les premiers ont peut-être été un père ou une mère symbolique, ou un enfant symbolique à l'égard de leurs partenaires ? Et si la filiation s'origine dans l'intention des adultes plutôt que dans la provenance des cellules de l'enfant, va-t-on autoriser le ministère public à établir d'office la filiation des enfants qui n'en ont pas, afin de faire remplir leur rôle aux articles 161 et suivants du Code civil ? Va-t-on créer des empêchements du mariage fondés sur la cohabitation de fait et par voie de conséquence sur la cohabitation légale ?

Le lien génétique, même s'il ne fonde pas la prohibition de l'inceste, est objectif. C'est pourquoi, dans le doute, comme en matière de filiation⁸⁹, le droit s'y réfère en désespoir de cause.

Conclusion

Certains auteurs plaident pour la suppression des empêchements du mariage fondés sur l'inceste, ou éventuellement sur l'alliance⁹⁰, parfois au nom d'une conception de la liberté qu'ils qualifient de « libérale », mais qui n'est que l'illusion d'une liberté égocentrique qui consisterait à pouvoir faire en principe ce que l'on veut, puisque c'est possible⁹¹.

⁸⁸ Voy. A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, pp. 281-283.

⁸⁹ On observera que le critère génétique n'intervient, en matière de filiation, qu'en cas de refus de reconnaissance (art. 329bis, § 2, al. 4, et § 3, al. 5, C. civ.) ou de contestation d'un lien de filiation (art. 318, § 3, 330, § 2, C. civ.), donc dans une situation contentieuse. C'est qu'en cas de litige, le législateur et par voie de conséquence le juge ne peuvent faire autrement que de se référer au critère biologique. Il faut toutefois indiquer qu'une tentative de vérification anticipative de la parenté affective pointée dans l'article 329bis, § 2, du Code civil, qui demande au juge d'exercer le pouvoir exorbitant de décider si l'établissement de la filiation préserve l'intérêt de l'enfant.

⁹⁰ G. VERSCHULDEN et K. VERSTRAETE, « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijkbeletselen tussen aanverwanten. Commentaar bij de Wet van 15 mei 2007 », *op. cit.*, pp. 293-306.

⁹¹ Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, *op. cit.*

Certaines auteures se sont demandé si la prohibition de l'inceste n'était pas devenue « évanescence », si elle ne disparaissait pas peu à peu²². Il n'en est rien. Le législateur a certes, au cours des dernières années, légèrement modifié les frontières de l'inceste dans le sens d'un rétrécissement. La Cour constitutionnelle n'a finalement contribué qu'assez peu au déplacement des interdits, par un seul arrêt concernant la relation entre beaux-parents et beaux-enfants lorsque l'alliance qui crée l'empêchement n'existe plus. Cependant, non seulement les empêchements, dans l'histoire, ont déjà été moins étendus qu'aujourd'hui, mais le principe même de la prohibition de relations sexuelles ou en tout cas de mariage entre deux personnes trop proches est fermement maintenu.

Les arrêts concernant l'établissement d'une filiation incestueuse ne modifient en rien les frontières de l'inceste. Ils font prévaloir l'intérêt de l'enfant sur la préservation d'un ordre moral nécessairement peu lisible et des bonnes mœurs par essence évolutives. La protection des enfants, c'est-à-dire des plus faibles face aux adultes forts prétendant à une liberté nietzschéenne, trace aujourd'hui la limite.

Si la Cour constitutionnelle est névrosée, sa névrose est féconde, mais le droit est de plus en plus maladroit lorsqu'il s'agit de sanctionner le franchissement des frontières de l'inceste. Embarrassé par la prise en compte de la parenté symbolique, qui est la seule véritable mais qui est difficile à déterminer, il est toujours tenté de se rabattre sur les réalités biologiques ou les situations juridiques plus facilement objectivables.

²² G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.*