

Faculté de droit et de criminologie

Les constats constitutionnels : les fondements de la prohibition de l'inceste et leurs conséquences sur le droit de filiation sont-ils pertinents ?

Auteur : Hélène Louviaux

Promotrice : Jehanne Sosson

Année académique 2022-2023

Master en Droit, Finalité justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

Remerciements

A l'issue de ce travail, je souhaite exprimer ma sincère gratitude envers Madame la Professeure Jehanne Sosson pour son assistance, sa guidance, son expertise et ses précieux conseils tout au long de ce projet.

Je tiens également à remercier chaleureusement mes parents ainsi que mon fiancé, Emilyen, pour leur soutien infaillible, leur confiance en moi et leurs encouragements constants, sans lesquels ce travail n'aurait pu aboutir.

Enfin, j'adresse un immense merci à mes proches et amis, Anne-Claire, Camille, Loïc, Léa, Margaux et Maureen, pour leur aide précieuse, leur réconfort, leurs conseils avisés, leur soutien indéfectible et leur présence depuis le tout début de ce mémoire.

Table des matières

| | |
|--|----|
| Introduction | 1 |
| Première partie : L'inceste | 3 |
| Chapitre 1. La genèse de la prohibition de l'inceste : exploration des grandes théories influentes..... | 5 |
| Section 1. Un concept évasif..... | 5 |
| Section 2. Une aversion innée | 7 |
| Section 3 : Une réalité taboue dans des sociétés exogames | 9 |
| §1. L'exogamie | 9 |
| §2. L'échange des femmes..... | 12 |
| Section 4. Les tares et objurgations des liens du sang | 13 |
| Section 5. Les rôles au sein de la famille | 15 |
| Chapitre 2. L'interdit de l'inceste en droit belge <i>ab initio</i> : étude des motifs juridiques et sociaux | 18 |
| Deuxième partie : L'arsenal juridique | 21 |
| Chapitre 1. Exposé des processus juridiques | 21 |
| §1. En droit pénal | 21 |
| §2. En droit civil | 24 |
| Section 1. L'empêchement à mariage..... | 25 |

| | |
|--|----|
| §1. Les articles du Code civil | 25 |
| §2. La jurisprudence | 27 |
| L'arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006 de la Cour d'arbitrage | 27 |
| Section 2. La filiation | 30 |
| §1. Contexte historique | 30 |
| §2. Textes légaux en vigueur | 32 |
| §3. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle | 34 |
| L'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 de la Cour d'arbitrage | 34 |
| L'arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012 de la Cour constitutionnelle | 36 |
| L'arrêt n° 99/2022 du 14 juillet 2022 de la Cour constitutionnelle | 42 |
| §4. Le cas de l'adoption | 43 |
| L'arrêt n° 25/2017 du 16 février 2017 de la Cour constitutionnelle | 43 |
| L'arrêt n° 95/2017 du 13 juillet 2017 de la Cour constitutionnelle | 46 |
| Chapitre 2. Réflexion sur les constats constitutionnels : analyse des enjeux juridiques et sociaux | 47 |
| Section 1. Le fondement physiologique | 47 |
| §1. De la transmission de maladies génétiques. | 47 |

| | |
|---|----|
| §2. Des autres risques | 49 |
| §3. De l'enfant présent | 52 |
| §4. De l'inceste sans consanguinité et de la consanguinité sans inceste | 53 |
| Section 2. Le fondement moral | 54 |
| Conclusion | 57 |
| Bibliographie | 60 |

Introduction

L'inceste. Voilà un terme effrayant. Tabou, flou et nébuleux. Provenant du latin *incestus*, contraction de *in* et de *castus*¹, mélangeant ainsi le privatif à l'adjectif « chaste » ou « vertueux »², le terme renvoie donc à « non chaste », « souillure », « sacrilège » ou encore « impur »³. Voilà qui annonce la couleur.

Dans l'ombre de cet opprobre, se tapissent les considérations portées aux enfants issus d'un inceste. « 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 »⁴.

Ce travail repose sur l'assertion que la Cour constitutionnelle, à travers ses constats, cherche à refléter l'essence même de notre société. Les constats constitutionnels font directement écho à l'articulation du droit de la filiation au sein des unions consanguines. Cependant, avant de pénétrer les arcanes de cette thématique épineuse, il convient de circonscrire la réflexion, en délimitant les contours de cette prohibition. Dans ce dessein, la première partie de ce mémoire s'emploiera à dévoiler les constats constitutionnels qui ont essaimé dans les décisions de la Cour, tels des motifs récurrents désormais installés dans le tissu jurisprudentiel. Ces énoncés, proclamés et réitérés par la haute juridiction trament les fondements mêmes de l'interdit de l'inceste et sculptent une vision de la réalité qui se veut normative.

Toutefois, la curiosité ne peut que s'aiguiser devant l'impératif de scruter les fondations de ces constats. Quelles sources intellectuelles, quels *corpus* scientifiques ou philosophiques assoient ces préceptes dans les raisonnements de la Cour ? Ainsi, c'est dans une quête de la genèse que la suite de cette première partie nous mènera, explorant les sciences humaines et l'histoire. Au

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2009, p. 476.

² L. DUPIN, « L'inceste et le droit civil », 2017, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 9.

³ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *Journ. dr. j.*, vol. 1, n° 321, novembre 2012, p. 23.

⁴ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759. ; L. DUPIN, *L'inceste et le droit civil*, *op. cit.*, p. 7.

prisme de la sociologie et de l'anthropologie, l'enjeu réside dans la poursuite de résonances ou d'échos, émanant des décisions constitutionnelles en la matière. Pareille démarche, ancrée dans la multidisciplinarité, vise à questionner l'origine des constats constitutionnels, à sonder leurs soubassements et à révéler les racines juridiques, culturelles et sociétales qui les nourrissent.

La seconde partie de cette étude arbore l'arsenal juridique de notre droit contemporain, là où se côtoient législation, jurisprudence, et considérations diverses du concept fondamental de l'inceste au sens juridique. L'objectif est d'examiner en profondeur les mécanismes pertinents en vigueur, les évolutions et nuances de la législation relative à l'inceste, y mettant en exergue les conséquences d'un interdit acquis sur le droit de la filiation dont la douce lumière tente d'en percer les ombres. Il s'agit d'analyser le regard avec lequel la Cour envisage ces questions, de décortiquer ses raisonnements se dessinant d'arrêt en arrêt. Aussi, cette deuxième partie tentera d'éclairer les implications concrètes et réelles des constats constitutionnels sur les individus, ainsi que les répercussions de ces constats sur le savoir académique.

Enfin, l'ultime chapitre de cette seconde partie incitera à un questionnement où la réflexion quelque peu plus personnelle s'émancipera des énoncés juridiques pour s'abreuver des considérations intimes. C'est sous l'angle de la pertinence que ce dernier chapitre se focalisera sur l'examen des constats de la Cour instaurant les motifs de la prohibition de l'inceste dans notre droit actuel. A la lisière de cette introspection, une succincte synthèse offrira une vision récapitulée, ordonnée des chemins empruntés jusqu'à présent, et ouvrira la réflexion à des questions actuelles ou futures.

Première partie : L'inceste

Au fil des années, la Cour constitutionnelle⁵ s'est vue saisie de quelques questions préjudicielles relatives à la prohibition de l'inceste⁶ en droit civil belge et de ses conséquences sur le droit de la filiation⁷. Dans nombre de ses arrêts, la Cour, assez singulièrement, détaille son raisonnement en invoquant les diverses raisons pour lesquelles l'inceste est prohibé en droit civil belge.

« 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 puissent 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 »⁸.

Cet extrait tiré du plus récent arrêt, se retrouve également dans les arrêts précédents. En effet, tous convergent, d'après la Cour, vers une justification de la prohibition de l'inceste reposant sur divers fondements que l'on peut résumer en deux grands piliers.

Le premier pilier d'ordre « physiologique et eugénique » fait référence aux risques liés à la consanguinité lorsque, d'une union incestueuse, naît un enfant⁹.

⁵ A la suite de la révision constitutionnelle du 7 mai 2007, la Cour d'arbitrage a été renommée et est devenue la Cour constitutionnelle.

⁶ C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *M.B.*, 2007, p. 4519.

⁷ C.A., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *M.B.*, 2004, p. 10283.; C.C., 9 août 2012, n° 103/2012, *M.B.*, 2012, p. 59225.; C.C., 14 juillet 2022, n° 99/2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1403.

⁸ C.C., 14 juillet 2022, n° 99/2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1403, § B.4.

⁹ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », in J. SOSSON et N. MASSAGER (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthémis, 2015, p. 151.

Le second pilier que la Cour qualifie « d'éthique » ou de « moral » fait référence à l'ordre au sein des familles¹⁰, ainsi qu'à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Cependant, se pose la question de savoir d'où viennent ces deux constats constitutionnels ? Sur quoi la Cour se base-t-elle pour ainsi donner réponse au tabou de l'inceste ? Ces deux grands fondements constatant les motifs de cet interdit sont-ils pertinents ? La Cour trouve-t-elle son inspiration dans la législation en vigueur ? Dans l'histoire ? Dans d'autres sciences humaines comme l'anthropologie ou la sociologie ? Elle n'en dit rien.

C'est pourquoi, dans cette première partie, nous tâcherons de découvrir l'origine de ces deux constats en scrutant les fondements que nous donnent les grands penseurs en sciences humaines, ainsi que ce que nous enseigne l'histoire de notre droit ancien.

Cette première partie auscultera, dans un premier chapitre, la notion de l'inceste (section 1) telle que façonnée par l'anthropologie et la sociologie afin de dégager les grands fondements d'une prohibition si ancienne¹¹ et si courante dans notre monde. Bien qu'il soit impossible de passer en revue toutes les théories expliquant l'interdit quasi-universel de l'inceste, nous accorderons un instant aux principaux fondements : la répulsion naturelle de l'homme vis-à-vis de ses consanguins (section 2), la théorie de l'organisation exogame de nos sociétés (section 3), la colossale hypothèse des risques biologiques liés à la consanguinité (section 4) et, pour finir, l'ordre organisationnel au sein des familles (section 5).

Ensuite, dans un second chapitre, la genèse de l'interdit de l'inceste dans le monde juridique sera étudiée afin de trouver l'origine historique d'une prohibition toujours en vigueur aujourd'hui.

¹⁰ A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 272-274.

¹¹ Vers la fin du premier siècle après J-C, Suétone cherchait déjà des théories expliquant la présence de comportements incestueux au sein de l'Empire ; Voy notamment B. CYRULNIK, « Le sentiment incestueux », in *De l'Inceste*, Paris, Editions Odile Jacob, 1994, pp. 23-70.

Chapitre 1. La genèse de la prohibition de l'inceste : exploration des grandes théories influentes

Section 1. Un concept évasif

Si l'on en croit le *Petit Larousse*, le terme *inceste* peut être défini comme :

« Relations sexuelles entre un homme et une femme liés par un degré de parenté entraînant la prohibition à mariage ; relations sexuelles entre parents très proches »¹².

Jugée beaucoup trop étroite¹³, cette définition ne permet pas de comprendre ce qui est concrètement ciblé par les différentes législations d'Etats en ce qui concerne la prohibition de l'inceste¹⁴.

« L'inceste se définit habituellement comme la pratique de rapports sexuels interdits par la société en raison de liens de parenté entre les partenaires potentiels. Toutefois, l'apparenté n'est bien sûr pas la seule cause possible de prohibition de rapports sexuels et, par ailleurs, il n'existe pas deux cultures qui définissent de la même façon les liens de parenté entre individus ; la même relation de parenté pourra parfois, selon les cas, permettre, interdire ou bien favoriser les rapports sexuels entre les intéressés, selon leur société »¹⁵. Ainsi, les sciences humaines s'attèlent à un jeu d'équilibriste complexe, dans la quête des fondements de la prohibition, jonglant habilement entre les considérations définitionnelles, culturelles et réglementaires inhérentes à ce sujet épineux.

¹² *Le Petit Larousse illustré*, ed. 2013, p. 567.

¹³ F. HERITIER, *Les deux soeurs et leur mère*, Paris, Editions Odile Jacob, 1994., p. 11.

¹⁴ Voir notamment la sanction pénale prévue par l'article 155 du Code criminel canadien ; par l'article 173 du Code pénal allemand ; la circonstance aggravante prévue par le Code pénal belge à l'article 417/18, et son équivalent français, l'article 222-31-1.

¹⁵ A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », in *Le sociologue*, Presses Universitaires de France, 1995, pp. 105-106.

Il est sans nul doute affirmable que l'acceptation la plus courante de l'inceste renvoie aux relations sexuelles entre membres d'une même famille, sous-entendu aux parents du premier ou second degré¹⁶.

Mais est-ce que les « membres d'une même famille » doivent être nécessairement biologiquement liés ? Qu'en est-il des *alliées* ? Françoise Héritier¹⁷ soulève une problématique intéressante lorsqu'elle aborde la question d'un interdit pourtant étranger au lien du sang, à la consanguinité réelle. Que l'inceste entre proches parents du même sang soit interdit c'est une chose. Mais la prohibition de relations sexuelles entre proches dont le lien de parenté n'est que pure construction familiale, étend la question de l'inceste à des concepts sociaux qui, de prime abord, sortent de l'interprétation *stricto sensu* de la notion de l'inceste¹⁸. Ceci fait notamment référence aux cas de l'adoption, des beaux-parents, ou encore à l'inceste de deuxième type, présenté par Françoise Héritier¹⁹. Sans entrer dans les détails, par opposition à l'inceste du premier type qui correspond à la vision la plus courante de l'inceste, le deuxième type concerne une forme de l'inceste indirect, par intermédiaire. Par-là, est entendue l'hypothèse où deux consanguins partagent le ou la même partenaire sexuel(le). Au demeurant, cette union indirecte n'est pas toujours incluse dans le spectre de l'inceste et échappe, bien souvent, aux interdits et explications traditionnelles²⁰.

¹⁶ N. JOURNET, « L'inceste, un interdit universel ? », in *La parenté en question(s)*, Petite bibliothèque, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2013, pp. 16-21.

¹⁷ F. HERITIER, *Les deux soeurs et leur mère*, *op. cit.*, p. 305

¹⁸ M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *Socio-logos*, vol. 4/2009, 2008, <https://doi.org/10.4000/socio-logos.2806>, consulté le 4 avril 2023.

¹⁹ F. HERITIER, *Les deux soeurs et leur mère*, *op. cit.*, p. 11.

²⁰ *Ibid.*, p. 306.

Section 2. Une aversion innée²¹

Bien que la question de l'universalité²² ou de la quasi-universalité²³ de la prohibition de l'inceste soit fort complexe²⁴ et pourrait faire l'objet d'une thèse entière, nous n'étudierons pas ces considérations dans le cadre de ce travail. Néanmoins, il existe une théorie, intrinsèquement liée à l'universalité, à laquelle nous accorderons une certaine attention : la répulsion propre à la nature humaine. Cette croyance selon laquelle la répulsion pour ses consanguins relèverait de l'ordre du naturel²⁵ apparaît dans de nombreux écrits²⁶. On la retrouve notamment chez Westermarck qui cite : "*for social institutions are to a very large extent primarily based on instincts*"²⁷. Il part du postulat que la prohibition de l'inceste repose sur une caractéristique quasi-universelle de l'espèce humaine²⁸.

Il réfute ainsi les pensées populaires préexistantes exprimées par Lewis Henry Morgan²⁹ en mettant au premier plan le désir primitif des races arriérées. D'après lui, celles-ci ne disposaient pas des connaissances nécessaires pour établir quelconques risques biologiques liés à la consanguinité. Quand bien même notre ancêtre aurait décelé une faillance chez un enfant consanguin, « il n'aurait guère laissé ce savoir aller à l'encontre de ses passions (...) La loi peut interdire à un fils d'épouser sa mère, à un frère sa sœur, mais elle ne pourrait l'empêcher de désirer une telle union si ce désir était naturel »³⁰. Il ressort de ces arguments une sorte de sous-

²¹ B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *Revue française de sociologie*, vol. 53, n° 4, 2012, p. 625.

²² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 3^e ed., 2016, p. 368.

²³ A. BATTEUR 1952-..., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 8^e ed., 2015, n°841.

²⁴ Voir notamment N. JOURNET, « L'inceste, un interdit universel ? », *op. cit.* ; M. GODELIER, *l'Interdit de l'inceste à travers les sociétés*, Paris, CNRS Editions, 2021.

²⁵ D. DUSSY, « Les Théories de l'inceste en anthropologie. Concurrence des représentations et impensés », *Sociétés et représentations*, vol. 2016/2, n° 42, 2016, p. 74 ; B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 625.

²⁶ J. FIERENS, « Partie préliminaire », in X, *Famille : union et désunion. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, octobre 2016, Prélim.0.1.1 – 1, p. 23.

²⁷ E. WESTERMARCK, « Methods in Social Anthropology », *The Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, vol. 66, 1936, p. 225 ; B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 626.

²⁸ B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 626.

²⁹ Voir notamment L.H. MORGAN, *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, Washington, Smithsonian Institution Edition, 1871.

³⁰ B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 625.

entendu : les rapports incestueux seraient à l'origine de conséquences biologiques néfastes pour les enfants nés de cette union. Ceci mérite plus ample attention et fera dès lors l'objet d'un examen *infra*³¹.

D'après Westermarck, cette répulsion innée entre proches parents, ayant vécu au sein d'un même foyer familial, serait de l'ordre du naturel, s'agissant de la survie de l'espèce³². Nous retrouvons donc cette idée selon laquelle la consanguinité entraînerait des défaillances à la descendance. Bien que Westermarck ne disposait d'aucune preuve scientifique de ce qu'il avançait. Il se basait sur des travaux réalisés sur les plantes et les animaux, et en a déduit qu'il devait dès lors s'agir d'une règle universelle s'appliquant à tout être vivant³³.

Westermarck pousse son raisonnement jusqu'au bout et va même jusqu'à affirmer qu'il s'agit là d'une illustration parfaite de la théorie de la sélection naturelle³⁴, selon laquelle les individus ressentant une aversion naturelle pour leurs proches parents, s'organisent en une société exogame³⁵ et permettraient ainsi la survie de l'espèce, là où les autres individus, classables au rang d'anomalie en raison de leur désir charnel *répugnant* seraient voués à périr³⁶.

Cette théorie a été largement critiquée, en particulier par Emile Durkheim, qui a souligné la diversité des formes de l'interdiction de l'inceste selon les cultures, les époques et les lieux. Il en a conclu qu'une répulsion innée chez l'être humain engendrerait une similitude des configurations de prohibition observées dans le monde entier³⁷.

En conclusion, si l'aversion pour l'inceste était innée, il n'y aurait pas lieu de l'interdire. En effet, La présence d'un interdit traduit l'existence indéniable d'un désir incestueux³⁸.

³¹ Voir la section 4 du présent chapitre.

³² B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 627.

³³ E. WESTERMARCK, *The History of Human Marriage*, New York, Macmillan, 1862, p. 338.

³⁴ Ceci fait référence à la célèbre théorie darwinienne. Voir J. GAYON, *Darwin et l'après-Darwin*, Paris, Editions Matériologiques, 2019.

³⁵ Voir la section 3 du présent chapitre.

³⁶ E. WESTERMARCK, *The History of Human Marriage*, *op. cit.*, p. 352.

³⁷ B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 630.

³⁸ D. DUSSY, « Les Théories de l'inceste en anthropologie. Concurrence des représentations et impensés », *op. cit.*, p. 4.

« Invoquer la nature humaine permet d'expliquer rigoureusement tout et le contraire, c'est-à-dire de n'expliquer rien »³⁹.

Section 3 : Une réalité taboue dans des sociétés exogames

§1. L'exogamie

Lorsqu'on s'imprègne de la littérature des illustres écrivains, il est prompt de constater que la théorie de l'exogamie se révèle comme un thème récurrent. Par opposition à l'endogamie, l'exogamie organise les échanges matrimoniaux en sortant du cercle proche, du clan, de la tribu. C'est le mariage entre membres de clans différents. Dès lors, il convient de définir d'emblée ce qu'on entend par *exogamie* : « C'est un type de mariage en dehors du groupe social d'origine permettant d'entrer en relations avec d'autres groupes de filiation »⁴⁰.

« Par cette règle d'exogamie, nous rencontrons la théorie de la prohibition de l'inceste – expression négative d'une loi d'échange à laquelle est attaché le nom de Claude Lévi-Strauss »⁴¹. Le deuxième volet de cette réflexion fera l'objet d'un deuxième paragraphe dans la présente section.

Mais bien avant Claude Lévi-Strauss, Emile Durkheim doit impérativement être cité ici puisqu'il fait partie des fondateurs de cette théorie⁴². En effet, il est l'un des premiers à dire que la prohibition de l'inceste résulte de l'organisation clanique⁴³ exogame⁴⁴ dont il cherche l'origine. Dans son raisonnement, Durkheim en arrive à une conclusion venant contredire Westermarck. Il réfute les « théories inspirées de la biologie selon lesquelles l'être humain fuirait naturellement les alliances délétères pour l'espèce »⁴⁵, et ajoute qu'elles ne reposent sur

³⁹ A. ACCARDO, *Introduction à une sociologie critique : lire Pierre Bourdieu*, Marseille, Agone, 4^e ed., 2021, p. 13.

⁴⁰ M. SEGALIN et A. MARTIAL, « Chapitre 1 - Famille et parenté entre anthropologie et histoire », in *Sociologie de la famille*, vol. 8^e ed., Collection U, Paris, Armand Colin, 2013, pp. 32-33.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*

⁴³ B. PULMAN, « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *op. cit.*, p. 630.

⁴⁴ E. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *L'année sociologique*, vol. 1, 1897, p. 10.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 66.

aucun fait avéré⁴⁶ mais aussi que la prohibition de l'inceste est bien plus qu'une simple interdiction de relations sexuelles entre consanguins⁴⁷. Dès lors, cette théorie lui semble déficiente.

Selon Durkheim, l'exogamie s'explique par les structures religieuses, reposant elles-mêmes sur le « totémisme »⁴⁸. Les individus d'un même groupe religieux « se considèrent comme formant une seule chaire »⁴⁹. Cette affirmation renvoie au concept de l'*ancêtre mythique*, duquel les membres d'un même clan descendent, par les liens divins du sang. L'exogamie serait donc une forme d'obligation de fuir ce sang tabou, et plus particulièrement le sang menstruel nous dit Durkheim, dans des cultures « aux filiations matrilineaires »⁵⁰.

Ainsi, et par extension, Durkheim rompt avec les théories présentes à l'époque et ouvre une interrogation axée sur le caractère institutionnel de la prohibition de l'inceste, diabolisant les relations endogames et considérant la règle d'exogamie comme une règle d'échange entre les groupes à des fins de survie⁵¹.

Quelques temps plus tard, Claude Lévi-Strauss nous apporte un peu de fraîcheur en replaçant la règle d'exogamie au goût du jour : « 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. Expliquer l'universalité théorique de la règle par l'universalité du sentiment ou de la tendance, c'est ouvrir un nouveau problème ; car le fait prétendu universel ne l'est en aucune façon. Si l'on veut, alors, traiter les nombreuses exceptions comme des perversions ou des anomalies, il faudra définir en quoi ces anomalies consistent, sur le seul plan où il soit possible de les invoquer sans tautologie, c'est-à-dire le plan physiologique, et cela sera sans doute d'autant plus difficile qu'une importante école contemporaine a pris, sur ce problème, une attitude en contradiction totale avec celle de Havelock Ellis et de Westermarck : la psychanalyse

⁴⁶ M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.* ; E. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*, pp. 99-100.

⁴⁹ E. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*, p. 99-100.

⁵⁰ M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*

⁵¹ *Ibid.*

découvre un phénomène universel, non point dans la répulsion vis-à-vis des relations incestueuses, mais au contraire dans leur poursuite »⁵².

De plus, cette opposition à la thèse de Westermarck est appuyée, une seconde fois, par Lévi-Strauss, dans sa coruscante doctrine : le passage de la *nature* à la *culture*. Cette théorie présente les liens consanguins entre amants comme relevant de la *nature* là où la prohibition de ces unions consanguines démontrent la *culture*⁵³. « La prohibition se confond alors avec la règle d'exogamie »⁵⁴. Dès lors, il n'est pas question pour Lévi-Strauss de parler de répulsion naturelle car celle-ci repose entièrement sur le critère de la famille, qui ne peut être réduite à son fondement naturel⁵⁵.

L'existence même de la famille dépend d'une organisation culturelle, d'une société. « Une famille ne saurait exister s'il n'y avait pas d'abord une société. (...) En vérité, on aurait du mal à concevoir ce que put être une organisation sociale élémentaire sans lui donner pour assise la prohibition de l'inceste. Car celle-ci opère seule une refonte des conditions biologiques de l'accouplement et de la procréation. Elle ne permet aux familles de se perpétuer qu'enserrées dans un réseau artificiel d'interdits et d'obligations. C'est là seulement qu'on peut situer le passage de la nature à la culture, de la condition animale à la condition humaine »⁵⁶.

Sous cette perspective, l'inceste ne peut être perçu comme une anomalie, mais bien comme un comportement naturel inébranlable chez l'homme, cadencé par la culture, par des règles en société, favorisant les échanges matrimoniaux exogames. « Avant elle (la prohibition de l'inceste), la culture n'est pas encore donnée ; avec elle, la nature cesse d'exister. (...) La prohibition de l'inceste est le processus par lequel la nature se dépasse elle-même »⁵⁷.

⁵² C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, Berlin, Mouton de Gruyter, 2^e ed., 1967, p. 20. ; C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983, p. 83. ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *op. cit.*, p. 24.

⁵³ C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Y. SIMONIS, *Claude Lévi-Strauss ou la « passion de l'inceste »*. Introduction au structuralisme, Paris, Aubier Montaigne, 1968, p. 34.

Ceci est à mettre en perspective avec les théories de Françoise Zonabend qui souligne aussi que l'interdit de l'inceste relève de l'ordre de l'obligation sociale à des fins d'organisation. « L'interdit de l'inceste, c'est-à-dire l'idée qu'il faut éviter les unions entre proches parents, n'est pas le résultat d'un réflexe de tendances physiologiques ou psychologiques propres à l'individu, quelque chose qui lui viendrait de ses instincts biologiques, mais tout au contraire le premier acte d'organisation sociale de l'humanité. C'est une règle établie par les sociétés pour agencer les relations entre sexes, dans le but explicite de substituer, dans ce domaine comme dans les autres, l'ordre au hasard »⁵⁸. Cette théorie rejoint, *ipso facto*, le concept même d'exogamie en ce que la prohibition de l'inceste aurait pour but principal d'organiser les échanges matrimoniaux.

§2. *L'échange des femmes*

La théorie de l'échange des femmes est un concept Lévi-Straussien qui est à la fois la cause et la conséquence de la règle d'exogamie. Claude Lévi-Strauss affirme que si l'homme s'interdit ses sœurs et filles, c'est pour les céder à autrui. Par conséquent, exogamie et échange des femmes sont deux concepts intrinsèquement liés : d'une part, il existe une interdiction culturelle de l'inceste dans une société exogame, et de l'autre, un contrat social avec pour obligation positive, l'échange des femmes⁵⁹ entre les groupes. Pour Lévi-Strauss, exogamie et échange des femmes sont deux éléments constituant le passage de la nature à la culture qu'est l'interdit de l'inceste. Il cite : « (...) 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 »⁶⁰.

Cette doctrine est rejointe par Françoise Héritier qui ajoute que le mariage est une institution qui coule les liens dans le béton et qui unit les groupes sociaux⁶¹. Les alliances sont assurées par les hommes, étant donné leur mainmise sur la gent féminine dans une société patriarcale⁶². C'est là l'explication que donnent Claude Lévi-Strauss et Françoise Héritier aux origines de

⁵⁸ F. ZONABEND, « De la famille, Regard ethnologique sur la parenté et la famille », in *Histoire de la famille, I. Mondes lointains, mondes anciens*, Paris, Armand Colin, 1986. p. 40.

⁵⁹ N. JOURNET, « L'inceste, un interdit universel ? », *op. cit.*, p. 18.

⁶⁰ C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, *op. cit.*, p. 554.

⁶¹ L. FOURE et C. OBADIA, « Entretien avec Françoise Héritier », *Le Philosophe*, n° 31, 2009, p. 12.

⁶² *Ibid.* ; C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, *op. cit.*, p. 555.

l'échange des femmes et des sociétés au fonctionnement matrimonial exogame. Cette réflexion ouvre la porte à la théorie de la « valence différentielle des sexes »⁶³, qui, dans une moindre mesure se rapporte à l'origine de la prohibition de l'inceste⁶⁴.

La théorie de l'échange des femmes comme fondement à l'interdit de l'inceste fait l'objet de nombreuses controverses⁶⁵. Pourtant elle⁶⁶ est, encore actuellement, l'une des justifications les plus acceptées, en ce qu'elle « a lubrifié les rouages de l'ordre social qui admet l'inceste mais qui interdit qu'on en parle »⁶⁷.

Section 4. Les tares et objurgations des liens du sang

La consanguinité. Voici un pilier de l'argumentation justifiant la prohibition de l'inceste⁶⁸. Ce fondement stipule que la proximité génétique des individus accroîtrait de façon significative les risques de handicaps et malformations de naissance d'un enfant issu de l'inceste. Rappelons toutefois que l'examen de la présente section concerne, dans une large mesure, les liens biologiques réels, les liens directs du sang. En effet, le motif biologique ne saurait être pertinent en ce qui concerne, le cas échéant, des personnes « faussement » parentes⁶⁹.

Pourtant, il n'est pas rare de voir cet argument biologique étendu aux relations entretenues par des membres d'une famille, sans réel lien de sang entre eux⁷⁰. Il s'agit là, sans nul doute, d'une conséquence variable de l'interprétation de ce qui entre ou non dans le champ de l'inceste.

⁶³ L. FOURE et C. OBADIA, « Entretien avec Françoise Héritier », *op. cit.*, p. 12.

⁶⁴ Dans le cadre de ce mémoire, cette théorie ne fera pas l'objet d'un examen approfondi car elle s'éloigne quelque peu de l'angle d'approche de la question de l'inceste. Cependant, pour de plus amples lectures, l'article suivant est pertinent : F. HERITIER et P. MOLINIER, « La valence différentielle des sexes, création de l'esprit humain archaïque », *Nouvelle revue de psychologie*, n° 17, 2014, pp. 167-176.

⁶⁵ D. DUSSY, « Les Théories de l'inceste en anthropologie. Concurrence des représentations et impensés », *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 7 ; Plus que simplement l'échange des femmes, c'est toute la théorie du structuralisme Lévi-straussien qui domine les grands courants de pensée actuels.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 5 ;

⁶⁸ A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, p. 108.

⁶⁹ M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.* ; Cela rejoint donc l'hypothèse d'un inceste du deuxième type, par exemple, (F. HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère*, *op. cit.*) ; A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, p. 108.

⁷⁰ A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, p. 108.

Revenons-en aux théories de Durkheim. Celui-ci indique qu'en ce qui concerne la théorie des tares génétiques, « non seulement aucune preuve ne vient la confirmer (les alliances consanguines n'étant pas systématiquement synonymes de tares génétiques), mais certains faits viennent la contredire. Par exemple on voit mal comment les primitifs, auxquels la biologie est parfaitement étrangère, auraient pu adopter des stratégies matrimoniales à visée prophylactique. Mais surtout l'interdit de l'inceste ne porte en rien sur la consanguinité réelle (le mariage entre cousins croisés, par exemple, est encouragé dans bien des sociétés), mais sur une filiation mythique (l'alliance entre individus n'ayant aucun lien de consanguinité mais partageant un même totem⁷¹ étant quant à lui prohibé) »⁷².

Par la même occasion, Lévi-Strauss réfute aussi la théorie des conséquences biologiques néfastes sur les enfants consanguins. A cette assertion, il rétorque que si l'on en croit la science en l'état, ces dits méfaits sont plus qu'improbables compte tenu « du caractère récessif supposé des mariages consanguins à supposer qu'il existe, résulte manifestement d'une tradition d'exogamie, ou de pangamie ; il ne peut en être la cause »⁷³.

Il démontre son raisonnement en rappelant des traditions anciennes et/ou lointaines, comme par exemple, en ancienne Russie, les prétentions sexuelles d'un père sur l'épouse du fils en vertu d'une coutume dite de *snokatchesvo*⁷⁴

⁷¹ Le « totémisme » est une importante théorie que nous n'aurons pas l'occasion de traiter en détail dans ce travail. Néanmoins, nous pouvons en résumer les grandes lignes. « *A TOTEM is a class of material objects which a savage Totem regards with superstitious respect, believing that there exists defined between him and every member of the class an intimate and altogether special relation* », (J.G. FRAZER, *Totemism and Exogamy : A Treatise on Certain Early Forms of Superstition and Society*, London, MacMillan, 1910). Concrètement, le totémisme est donc une forme de rattachement social des individus formant ainsi un même clan, famille ou tribu, autour d'un symbole commun, leur « totem » (pouvant être un ancêtre). Pour plus d'information, les écrits de Freud (S. FREUD, *Totem et tabou*, Paris, PUF, 2010.) et de Durkheim (E. DURKHEIM, « Sur le totémisme », in *L'année sociologique*, vol. V., 1900-1901, Paris, PUF, pp. 82-121.) sont assez détaillés en la matière.

⁷² M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*

⁷³ C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, *op. cit.*, p. 17. ; Y. SIMONIS, *Claude Lévi-Strauss ou la « passion de l'inceste »*. Introduction au structuralisme, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁴ C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, *op. cit.*, p. 81.

Loin d'être un exemple isolé, Françoise Héritier nous rapporte également des comptes-rendus de ses observations dans des contrées lointaines et/ou anciennes : c'est le cas de l'Égypte antique, l'Iran ancien, ou encore de certaines tribus en Afrique⁷⁵.

Face à l'allégation des conséquences néfastes des relations consanguines sur la descendance, il est nécessaire de passer en revue les principes fondamentaux de la génétique⁷⁶ pertinents à l'étude anthropologique et sociologique de la question de la prohibition de l'inceste. De fait, il semblerait que la pensée traditionnelle darwinienne pousse à concevoir la reproduction entre consanguins comme une aberration biologique⁷⁷.

Si l'inceste du premier type fait débat dans le domaine médical, il est prompt de se rappeler que la prohibition de l'inceste ne se limite pas toujours aux relations de descendance lignagère, mais s'étend aux relations familiales, indépendamment des liens d'hérédité.

Section 5. Les rôles au sein de la famille

« L'inceste doit être interdit, car il perturbe le bon fonctionnement des structures sociales »⁷⁸.

Plutôt un fondement social⁷⁹ que naturel, la prohibition de l'inceste se retrouve parfois justifiée par les rôles que portent chacun des membres de la famille en son sein⁸⁰.

Les relations sexuelles entre les individus porteraient atteinte à la place de chacun, le père est le père, avec un rôle de parent patriarcal, la mère est la mère, et les enfants sont le fruit de cette union, soumis à l'éducation de leurs parents.

⁷⁵ F. HERITIER, *Les deux soeurs et leur mère*, *op. cit.*, p. 16 ; L. FOURE et C. OBADIA, « Entretien avec Françoise Héritier », *op. cit.*, p. 14.

⁷⁶ *Voy infra*, la section 1 du Chapitre 1, Partie 2, où nous expliquerons, de façon très succincte, les bases de la génétique nécessaires à la compréhension de la transmission des gènes des parents à leurs enfants.

⁷⁷ A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, p. 106.

⁷⁸ A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, p. 273.

⁷⁹ C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁰ D. DUSSY, « Les Théories de l'inceste en anthropologie. Concurrence des représentations et impensés », *op. cit.*, p. 23.

« On peut cependant observer que l'ensemble des interdits sexuels, avec les consanguins, les affins (et, dans une moindre mesure, les parents spirituels) permet de réguler les relations externes mais aussi internes à la famille, en assurant la place de chacun dans la parenté et surtout le code de comportement qui est requis par chacune de ces places. C'est assurément dans la reconnaissance de l'importance et de la nécessité de la distinction des places dans la parenté assurée par l'interdit de l'inceste que l'anthropologie peut faire le pont avec la psychanalyse.

Le tabou de l'inceste signifierait la nécessaire distinction de ce qui doit rester séparé pour que le monde soit ordonné. Par exemple, au sein de la famille conjugale, comme le souligne Nathalie Heinich (1995) discutant les thèses de Françoise Héritier, la place respective de la mère et de la fille serait menacée non seulement par l'union charnelle avec un même partenaire qui créerait entre elles une rivalité insupportable, mais aussi dans des situations psychologiques où l'acte charnel n'est pas en jeu, mais où il existe une trop grande fusion qui les condamne l'une et l'autre à la folie de l'indistinction. L'interdit de l'inceste n'aurait pas pour seule fonction la régulation pacifique des relations au sein de la famille, mais aussi celle d'asseoir l'identité personnelle, sachant que celle-ci est définie d'abord et avant tout par la place dans la filiation et/ou l'affinité ainsi que dans la place générationnelle. C'est ainsi que l'on peut comprendre la signification de l'interdit de l'inceste dans les sociétés européennes aujourd'hui »⁸¹.

Cette théorie se retrouve, quelque part, saupoudrée un peu partout dans les autres théories. Par exemple, le rôle de chacun est à préserver pour la paix des familles, à la manière de la division du travail⁸², la théorie sous-jacente à l'échange des femmes de Claude Lévi-Strauss, elle-même déduite des règles d'exogamie analysées ci-dessus.

⁸¹ A. FINE, « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'homme*, n° 205, 2013, p. 111.

⁸² D'après Lévi-Strauss, le mariage est indispensable en raison d'une interdépendance entre les sexes. Il nous explique, dans son ouvrage précité *Le regard éloigné*, que les individus ont un rôle matrimonial à jouer, mais avant tout un rôle économique. La famille reposant sur un fondement social, les membres se partagent rôles et tâches : les femmes enfantent et nourrissent leurs petits, les hommes chassent et s'emploient à la guerre. Bien que ces rôles varient d'une société à l'autre (d'où le caractère social et non naturel de la chose), l'interdépendance entre les sexes n'en reste pas moins présente, créant ainsi un rôle à jouer, une division du travail, des obligations matrimoniales exogames et un rôle familial pour chacun ; C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, *op. cit.*, pp. 81-84.

Ensuite, les rôles intrafamiliaux de chacun font également écho à l'échange des *fluides* dont parle la théorie du totémisme de Durkheim⁸³, rejointe par Françoise Héritier⁸⁴ qui nous détaille l'inceste comme étant un souci de circulation des fluides entre les individus.

Cette théorie de la place des membres au sein de la famille sera, malheureusement, la dernière étudiée dans le cadre de ce mémoire, par souci de longueur de la présente étude. Toutefois, ce dernier argument, cherchant un fondement acceptable de la prohibition de l'inceste, se heurte, lui aussi, à quelques incohérences. En effet, le Pr. Alain-Charles Van Gysel nous explique son point de vue sur la question et annonce qu'il est « essentiel pour la construction de la personnalité d'un individu que les personnes qui sont engagées avec elles dans un lien parental ou de fratrie ne transgressent pas le contenu de ce rôle.

Or, l'inceste est précisément une forme de transgression du rôle de parent ou de frère, en ce qu'il inclut nécessairement l'élément des relations sexuelles (...) »⁸⁵.

L'argument est solide, mais amène tout de même à la réflexion : il ne permet sûrement pas de justifier l'interdit de l'inceste puisque bien d'autres unions, pourtant tolérées, viennent perturber cet équilibre familial. Prenons l'exemple d'une alliance entre un ex-beau-père et son ex-bru, entre un beau-frère et sa belle-sœur, mais aussi, tout simplement, l'amour intergénérationnel entre deux personnes dont la différence d'âge est significative. Nous le savons, la famille nucléaire n'est plus la norme aujourd'hui, l'évolution des familles, l'acceptation progressive de l'homosexualité, les nouveaux modes de procréations et les nouvelles familles ne sauraient prétendre à un équilibre familial à protéger où chacun joue un rôle distinct, défini et précis.

⁸³ E. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*, p. 99-100.

⁸⁴ F. HERITIER, *Les deux soeurs et leur mère*, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁵ A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, p. 279.

Chapitre 2. L'interdit de l'inceste en droit belge *ab initio* : étude des motifs juridiques et sociaux

Il est temps désormais de s'orienter progressivement vers un exposé plus juridique de la question. Si l'on retrouve les traces de prohibition de l'inceste encore actuellement dans notre code civil belge, est-ce en raison des fondements anthropologiques ou sociologiques tels qu'abordés ci-dessus ? Un petit retour en arrière s'impose⁸⁶, sans pour autant se lancer dans un cours d'histoire depuis la vision de l'inceste de l'australopithèque mais bien d'interroger les ancêtres de notre droit ; le droit romain et le droit canonique.

Les juristes romains semblent s'inquiéter tout particulièrement des rôles sociaux des membres de la famille. D'après eux, lorsque les rôles de chacun se confondent, lorsque que l'oncle est le frère, l'amant et le père, c'est à l'ordre du monde que cette confusion porterait atteinte⁸⁷.

Si l'on en croit la Bible, Moïse et son frère sont à l'origine des Saintes Ecritures du Lévitique, reprenant les règles que donne Dieu à Israël, pour que celui-ci soit Saint. Le chapitre 18 reprend une série d'interdits incluant la prohibition de toute union entre personnes « parentes », à savoir : père, mère, beaux-parents, frères, demi-frères, sœurs, demi-sœurs, petits-enfants, oncles, tantes, cousins et cousines⁸⁸.

L'histoire enseigne que la prohibition de l'inceste existe depuis des temps très anciens. Déjà dans des textes de droit romain, l'interdit de l'inceste est présent. L'arrivée du droit canonique n'altère en rien cet interdit, et le maintient même⁸⁹. Ce qui est repris par le christianisme figure dans la *théologie du mariage*⁹⁰. Parmi les objectifs de cette dichotomie figure la régulation de la sexualité des individus. Aux yeux de l'Eglise, le mariage sacralise les relations sexuelles matrimoniales et contrôle la sexualité, la réservant à des fins de reproduction, condamnant ainsi la sexualité hors mariage. Cependant, si le christianisme tente de contrôler la sexualité, d'autres

⁸⁶ F. RIGAUX, *Les personnes, Tome I Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 156

⁸⁷ BARRY, L., « Prohibition de l'inceste » Encyclopaedia Universalis, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/prohibition-de-l-inceste/#quote-apa>, consulté le 12 mai 2023.

⁸⁸ La Bible (traduction liturgique), Ancien Testament, Livre du Lévitique, chapitre 18, vv. 6-20

⁸⁹ Article C. 1094 CIC/1983 du Code de droit canonique latin.

⁹⁰ F. RIGAUX, *Les personnes, Tome I Les relations familiales, op. cit.*, p. 158.

sociétés, qui n'interdisent pas les rapports extraconjugaux, emploient d'autres mécanismes à des fins de réglementations similaires des comportements sexuels. Ainsi, l'interdit de l'inceste « lequel n'est pas seulement un empêchement de mariage, mais aussi un interdit sexuel pur et dur »⁹¹ se retrouve un peu partout. « Au moins depuis Saint Augustin, elle (la morale chrétienne) n'a considéré les relations sexuelles licites que dans le mariage institutionnalisé ayant pour but d'avoir des enfants. 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 à mariage, il suffit de ne pas se marier »⁹².

Pour se rapprocher de notre droit contemporain, le Code civil de Napoléon est un incontournable puisque celui-ci est encore majoritairement présent dans le Code civil belge actuel. En 1804, les articles 161 à 163 ainsi que l'article 348 énonçaient l'interdit de l'inceste en prohibant le mariage en ligne directe entre alliés, ascendants - descendants, entre frères - sœurs, entre oncle/tante - nièce/neveu et entre adoptant - adopté⁹³. Au vu des discours influents étudiés ci-dessus, il convient de se demander sur quels fondements repose l'ancêtre de notre législation belge en la matière. Si l'on en croit les prétentions⁹⁴ de notre droit civil, celui-ci reposerait sur un fondement naturel, faisant écho au discours de Westermarck.

Ces textes témoignent d'un interdit *naturel* aux yeux du législateur de l'époque nous dit Portalis lors de son discours préliminaire du premier projet du Code civil : « 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

⁹¹ *Ibid.*, p. 160.

⁹² J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 137.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, p. 135 ; « 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 » (Extrait du discours préliminaire du premier projet de Code civil par J-E-M. PORTALIS, https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, consulté le 17 mai 2023.

le mariage. Quand la prohibition est étendue à des degrés plus éloignés, ce ne peut être que par des vues politiques »⁹⁵.

De ce discours ressort un fondement récurrent, à tout le moins en ce qui a trait aux deux premiers cas de figures que cite Portalis ci-dessus, celui du respect et de la perpétuation des mœurs au sein de la société. La *morale*, les *bonnes mœurs* forment donc un argument imparable et profondément ancré dans notre société.

En revanche, une justification est apportée pour l'interdit de l'inceste entre beau-frère/belle-sœur : « Ces prohibitions sont fondées, 1°, sur l'intérêt de multiplier les alliances ; 2°, sur la nécessité de prévenir la corruption des mœurs qui se glissent facilement à la suite des communications familiales, 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 entre individus de la même famille »⁹⁶.

En conclusion, la prohibition de l'inceste, dont les origines se perdent dans la nuit des temps, préexistait déjà à l'ère commune et se trouve notamment consignée dans l'Ancien Testament. Cette interdiction, ayant traversé les siècles, témoigne d'une profonde conscience morale quant aux relations incestueuses. Il est remarquable de constater que cette interdiction ancestrale est toujours présente dans notre législation contemporaine. Une explication à cela réside dans l'influence durable du droit canonique⁹⁷, qui a profondément marqué les systèmes juridiques occidentaux depuis de nombreux siècles. Du fait de son enracinement historique et de son importance éthique, la prohibition de l'inceste se retrouve toujours dans nos sociétés, reflétant ainsi la perpétuation des normes morales et des valeurs fondamentales qui régissent notre existence.

⁹⁵ *Ibid.*; J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 138.

⁹⁶ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 138. ; J. LOCRE, *Esprit du Code Napoléon*, t. II, 1805, pp. 112-114.

⁹⁷ F. RIGAUX, *Les personnes, Tome 1 Les relations familiales*, *op. cit.*, pp. 35, 160, 165.

Deuxième partie : L'arsenal juridique

Chapitre 1. Exposé des processus juridiques

Aujourd'hui, la prohibition de l'inceste existe toujours dans notre Code civil⁹⁸. Depuis Napoléon, le Code a connu quelques changements en ce qui concerne l'inceste, mais fondamentalement, le double mécanisme de prohibition est maintenu : par le biais de l'empêchement à mariage et par l'interdiction d'établissement de la filiation incestueuse.

Mais sur quels fondements, aujourd'hui, justifie-t-on cet interdit ? N'avons-nous pas changé depuis l'ère napoléonienne ? Actuellement, le droit belge en la matière reste assez aphasique. Rappelons que dans notre système juridique, l'interdit de l'inceste ne réside exclusivement qu'en droit civil. Le droit pénal ne traite pas de rapports consentis⁹⁹.

§1. En droit pénal

En effet, sur le plan pénal, nous ne retrouvons aucune forme de prohibition de relations entretenues entre deux parents consentants¹⁰⁰. Le Code pénal se limitait à une aggravation¹⁰¹ de l'infraction sexuelle lorsque celle-ci était commise sur un membre de la famille. En revanche, et seulement depuis 2022, les articles 372 et 377 du Code pénal ont été remplacés, et le terme *inceste* apparaît pour la première fois dans notre Code pénal actuel avec le nouvel article 417/18¹⁰². Cet article érige désormais l'abus sexuel incestueux sur mineur comme infraction autonome.

Article 417/18 du Code pénal : « On entend par inceste les actes à caractère sexuel commis au préjudice d'un mineur par un parent ou allié ascendant en ligne directe, par un

⁹⁸ C. civ., art. 161 à 164.

⁹⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 369 ; P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 259.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt Stübing c. Allemagne du 12 avril 2012, § 28.

¹⁰¹ C. pén., art. 372 ; 377, abrogés par la loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel.

¹⁰² C. pén., art. 417/18.

parent ou allié en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, ou toute autre personne occupant une position similaire au sein de la famille des personnes précitées.

L'inceste est puni comme suit :

- l'atteinte à l'intégrité sexuelle est punie de la réclusion de quinze ans à vingt ans ;
- le voyeurisme est puni de la réclusion de dix ans à quinze ans ;
- la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel est punie de la réclusion de quinze ans à vingt ans ;
- la diffusion non consentie avec une intention méchante ou dans un but lucratif de contenus à caractère sexuel est punie de la réclusion de quinze ans à vingt ans et d'une amende de deux cents euros à dix mille euros ;
- le viol est puni de la réclusion de vingt ans à trente ans.

Par parent, on entend également l'adoptant, l'adopté et les parents de l'adoptant ».

Ainsi, le Code pénal semble ne comprendre par *inceste* que les hypothèses d'attentats à la pudeur dont la victime est mineure et avec laquelle l'auteur a des liens familiaux. Cependant, les premier et dernier alinéas de cet article attirent notre attention. En effet, ceux-ci incluent directement dans la notion de l'inceste, les *alliés*, l'*adoptant* et les *parents de l'adoptant*. Par ces précisions, le Code pénal sort du cadre consanguin, biologique et met en relation les termes inceste et famille, *sensu lato*¹⁰³.

¹⁰³ A cet égard, le projet de la loi du 21 mars 2022 stipule que l'aggravation de l'attentat à la pudeur « doit également viser toutes les autres personnes qui pourraient avoir une position similaire afin de tenir compte des réalités sociologiques, notamment les familles recomposées. Les travaux préparatoires donnent l'exemple des demi-frères et sœurs et des enfants du beau-père ou de la belle-mère (Doc. parl., Sénat, 1999-2000, doc. n° 2-280/4) » ; Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 2141/001, p. 42.

Aussi serait-il intéressant d'étudier le fondement d'une telle inclusion dans la notion pénale de l'inceste. Il est possible d'y voir un lien avec la circonstance aggravante de vulnérabilité de la victime face à un parent non

A cet égard, il y a lieu de consulter l'apport enrichissant de la Cour d'arbitrage dans son arrêt n°157/2006 du 18 octobre 2006, lequel a autorisé un questionnement sur notre conception de l'inceste en droit belge¹⁰⁴. Ceci pour situer l'interprétation de l'inceste selon qu'il s'agisse du droit civil, avec la limitation des amours interdits, et l'inceste selon qu'il s'agisse d'un abus sexuel sur une victime non consentante de la famille. Dans cette affaire, la Cour s'est vue saisie d'une question préjudicielle portant sur l'éventuelle violation des articles 10 et 11 de la Constitution par les articles 161 et 164 du Code civil. Il s'agit en fait d'un souhait de mariage entre un monsieur veuf, et la fille de sa défunte épouse. Une relation beau-père belle-fille dont le lien familial avait été créé par l'union entre la défunte épouse de Monsieur, mère de Madame, et Monsieur. La Cour a rejoint, en tous cas partiellement, la position de la partie défenderesse et a condamné le caractère absolu¹⁰⁵ de l'empêchement à mariage entre deux proches dont le lien familial a été dissous. Dès lors, il est intéressant de se demander si un pareil lien dissous entre un beau-père et sa belle-fille entrerait dans le champ d'application de l'inceste tel qu'entendu par le code pénal (donc dans le cadre d'un abus à caractère sexuel sur mineur) ?

Bien évidemment, la comparaison entre l'infraction prévue par l'article 417/18 du Code pénal et l'affaire de l'arrêt de 2006 est quelque peu alambiquée car les deux sujets jouent dans des écoles différentes, mais il n'en est pas moins intéressant de situer la notion de l'inceste telle qu'entendue par notre droit en vigueur, dans une hypothèse sans réelle consanguinité et au lien familial dissous. Ainsi, si la Cour ne condamne pas une union entre un beau-père et sa belle-fille, faisant pourtant l'objet d'un empêchement absolu à mariage au sens du Code civil, comment qualifier d'inceste l'abus sexuel commis par un beau-père sur son ex-belle-fille ?

Le terme *inceste* n'est cependant pas employé pour l'attentat à la pudeur dont la victime est majeure¹⁰⁶, malgré le lien familial existant entre le coupable et la victime. Dans cette hypothèse, le nouvel article 417/19 parle « d'actes à caractère sexuel intrafamiliaux ». Précisons toutefois que cet article encadre également les attentats à la pudeur commis sur la personne d'un partenaire ou d'un ex-partenaire. Dès lors, la conclusion s'impose d'elle-même : la visée de cet

biologique, mais un parent quand même, une position abusive du parent ? Ou est-ce là une connexion aux rôles des membres de la famille tels qu'abordés *supra* ?

¹⁰⁴ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁵ C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *M.B.*, 2007, p. 4519, B.7.

¹⁰⁶ C. pén., art. 417/19.

article ne se veut pas spécifique à l'inceste. Cette notion, au sens pénal, semble réservée aux mineurs.

Nonobstant, cette réforme ajoutant clairement la notion d'inceste dans le Code pénal, la volonté du législateur n'est nullement d'élargir le champ *ratio legis* du droit pénal sexuel à l'inceste « consenti »¹⁰⁷ entre majeurs, mais bien à se limiter aux abus sexuels¹⁰⁸. En effet le législateur ne cherche pas tellement à règlementer les comportements sexuels, mais tend plutôt à protéger l'intégrité des individus tout en respectant l'autonomie sexuelle de chacun, « et non l'ordre familial ou l'honneur »¹⁰⁹.

Est-ce que cela signifie que les relations incestueuses sont tolérées à condition d'être consenties ? De ces textes, la conclusion est que cette question pourrait bien recevoir une réponse positive¹¹⁰.

En revanche, face à l'inceste commis sur mineur, la réforme du droit pénal sexuel insiste sur le caractère impossible du consentement du mineur¹¹¹.

§2. *En droit civil*

En ce qui concerne le plan civil du droit belge, il est pertinent de mentionner que le terme « inceste » ne figure point dans le Code civil. Il n'existerait donc pas d'interdit de l'inceste à proprement parler. Cependant, quelques articles retiennent notre attention à ce sujet : les articles 161 et suivants ainsi que les articles 325 et suivants du Code civil. C'est là que siègent les deux mécanismes¹¹² indirects d'interdit de l'inceste¹¹³.

Le premier mécanisme est celui de l'empêchement à mariage, (section 1)

¹⁰⁷ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 369.

¹⁰⁸ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 2141/001, p. 11.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 9-10.

¹¹⁰ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 132.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 135.

¹¹² A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, p. 265.

¹¹³ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 369.

Le second mécanisme prévu par notre Code civil est celui de l'impossibilité d'établir une filiation dite « incestueuse », (section 2).

Section 1. L'empêchement à mariage

§1. Les articles du Code civil

Article 161 du Code civil : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants [...] et les alliés dans la même ligne ».

Article 162 du Code civil : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frères, entre sœurs ou entre frères et sœurs ».

Article 163 du Code civil : « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, ou entre la tante et la nièce ou le neveu ».

Article 164 du Code civil : « Le tribunal peut, pour des motifs graves, lever la prohibition prévue pour les alliés visés à l'article 161 et la prohibition visée à l'article 163.

La procédure est introduite sur requête unilatérale par un des futurs conjoints. Le tribunal statue après avoir convoqué les futurs conjoints et après avoir recueilli l'avis du procureur du Roi sur le sujet. ».

Concrètement, l'interdit de l'inceste n'a pas évolué depuis 1804 en ce qui concerne les relations incestueuses en ligne directe¹¹⁴.

En revanche, en ligne collatérale, l'empêchement à mariage initialement existant entre alliés n'est plus d'actualité depuis la loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 du Code civil¹¹⁵.

¹¹⁴ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 139.

¹¹⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 371-372.

Le dernier article cité ci-dessus introduit une distinction d'une importance capitale : une exception à la prohibition entre par la grande porte : le Tribunal de la famille dispose de la possibilité de lever l'interdit dans certains cas¹¹⁶, moyennant le respect de la procédure visée au deuxième alinéa¹¹⁷. Bien que la notion d'empêchement *absolu*, par opposition aux empêchements dits *relatifs* ne figure pas clairement dans le Code civil, cette dichotomie absolue/relative est omniprésente en la matière¹¹⁸. En effet, sont susceptibles de faire l'objet d'une dispense par le Tribunal de la famille¹¹⁹, les empêchements relatifs, c'est-à-dire, les empêchements entre descendants et ascendants alliés, entre oncle ou tante et neveu et nièce. *A contrario*, sont qualifiés d'absolus les empêchements ne pouvant être dispensés¹²⁰ : les relations entre ascendants et descendants consanguins, sans qu'il n'existe de limite de degrés ; ainsi qu'en ligne collatérale, entre frères et sœurs.

Par ces articles, notre Code civil tend à prohiber l'inceste, de façon indirecte. Cependant, il demeure que ce mécanisme d'interdiction vise à empêcher les relations, à prévenir l'inceste, et non à réagir face au comportement incestueux accompli¹²¹.

Ensuite, il convient de souligner qu'empêchement à mariage il y a seulement si les intéressés sont *juridiquement* parents. En d'autres termes, il n'y a pas d'inceste sans établissement préalable d'une filiation créant ce lien juridique de parenté¹²². Dès lors, l'on peut affirmer que le droit civil ne tient pas exactement compte des liens biologiques entre les personnes pour prohiber l'inceste.

Ce dernier point d'observation fait écho à ce qui a été relevé *supra* : le droit civil ne saurait justifier une prohibition de l'inceste par le mécanisme d'empêchement à mariage pour cause de

¹¹⁶ Projet de loi modifiant les articles 162 et 164 du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n°2219/1, p. 2.

¹¹⁷ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 372.

¹¹⁸ P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN, F. SWENNEN et T. WUYTS, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 96; K. VERSTRAETE et G. VERSCHULDEN, « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletselen tussen aanverwanten: commentaar bij de Wet van 15 mei 2007 », *T.B.B.R.*, 2008, pp. 293-294.

¹¹⁹ Anciennement, par le Roi, aujourd'hui par le Tribunal de la famille, modification apportée par l'article 118 de la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2019.

¹²⁰ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 370-371.

¹²¹ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 135.

¹²² *Ibid.*, p. 136. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 370.

consanguinité lorsque le lien familial est juridiquement inexistant. Il en va de même lorsque le lien familial existe mais qu'il diffère de la réalité biologique des individus. Et pourtant le droit pénal, lui, tend à inclure les abus sexuels dans la catégorie « incestueuse » lorsque la victime est reliée à l'agresseur même sans lien biologique.

§2. *La jurisprudence*

L'arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006 de la Cour d'arbitrage¹²³

A cet égard, il y a lieu de consulter l'arrêt n° 157/2006 de la Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle. En cause dans cette affaire, un veuf et la fille d'un premier lit de sa défunte épouse, désireux de se marier. Le juge *a quo* du Tribunal de Verviers avait soulevé l'absence de consanguinité biologique entre les parties. Il en avait dès lors déduit que l'article 161 « 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 avait également relevé que la prohibition est également fondée sur l'ordre, à savoir la nécessité d'éviter les désordres graves au sein des familles qui pourraient résulter de telles unions »¹²⁴.

Dans cet arrêt figure une comparaison enrichissante entre la prohibition de l'inceste pour des raisons de « survie de l'espèce », et l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Aussi bien le Tribunal que le Conseil des ministres conviennent que l'interdit n'est pas tant axé sur la cause biologique, mais plutôt sur l'ordre moral des choses¹²⁵.

Notons toutefois que l'empêchement à mariage visant un couple beau-frère/belle-sœur n'existe plus depuis la loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 de notre Code civil. Cela étant justifié par le caractère obsolète de cet interdit eu égard aux nombreuses demandes de

¹²³ Voir note 5.

¹²⁴ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 140 ; C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *M.B.*, 2007, p. 4519, II.

¹²⁵ *Ibid.*

dispenses introduites¹²⁶. Le fondement de cet interdit reposait exactement sur la même justification que l'interdit entre un beau-père et sa belle-fille. Pourtant, ce dernier a été maintenu jusqu'en 2007. Cette affaire aura donc eu une importance capitale en la matière car s'en est suivie une modification de la législation avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés. L'adoption de ce texte traduit une réaction directe à ladite affaire, mais également à l'arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 septembre 2005 concernant l'affaire *B. et L. c. Le Royaume-Uni*¹²⁷.

Ledit arrêt de la CEDH a manifestement sa place dans le raisonnement adopté par la Cour d'arbitrage car en 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation des articles 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme face au refus que les requérants se sont vu opposer lorsqu'ils ont voulu se marier.

Article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoyant le droit au mariage : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoyant l'interdiction de discrimination : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Il s'agit effectivement d'une situation similaire à l'affaire belge à l'exception toutefois que le premier requérant à la CEDH était grand-père de l'enfant de son ex-belle-fille, la deuxième requérante, avec qui il souhaite se marier. En outre, notre affaire belge faisait face à un lien de

¹²⁶ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 141 : « entre 1960 et 1997, 583 demandes ont été introduites parmi lesquelles 7 seulement ont été rejetées » (Extrait du Rapport fait au nom de la commission de justice par Madame Jacqueline Herzet, Exposé introductif du ministre de la justice ; Projet de loi modifiant les articles 162 et 164 du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n°788/2, p. 3.)

¹²⁷ *Ibid.* ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°2293/001, p. 3. ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n°2293/002, p. 6.

parenté par alliance dissous par le décès de la mère, alors qu'ici, la première femme de Monsieur ainsi que son fils étaient toujours en vie au moment des faits. Cela n'empêche pas la Cour de conclure à une violation de l'article 12 par la législation du Royaume-Uni, et *ipso facto* de l'article 14 également.

De plus, il est pertinent de mentionner que dans cette affaire, il a été précisé que le fils de la requérante, donc le petit-fils du requérant, appelle ce-dernier « papa ».

Revenons à notre arrêt de la Cour d'arbitrage de 2006. Dans la motivation donnée par la Cour figure une justification détaillée concernant l'interdit de l'inceste¹²⁸ :

« 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 »¹²⁹.

Ainsi, la décision de la Cour en 2006 semble s'inspirer du mouvement de la Cour européenne des droits de l'homme sans pour autant mentionner cet arrêt dans ses motifs. La Cour belge se contente de justifier l'interdit de l'inceste par peur d'eugénisme (peur d'anomalies biologiques

¹²⁸ C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *M.B.*, 2007, p. 4519, B.4.1.

¹²⁹ *Ibid.*

consécutives à l'union incestueuse), pour des raisons morales ou encore à des fins de respect d'une certaine structure des rôles sociaux au sein des générations de la famille¹³⁰.

Section 2. La filiation

§1. Contexte historique

Avant toute chose, rappelons que, sans établissement de lien de filiation, l'inceste est impossible¹³¹. Notre système juridique ne condamne pas les relations entre deux personnes dont la réalité biologique est incestueuse tant qu'aucun lien de filiation légal n'est établi entre elles¹³². Il y a là une véritable discordance entre l'inceste vu par le droit, et l'inceste vu par l'anthropologie.

Ceci démontre que la réalité biologique et la réalité juridique ne coïncident pas toujours, bien que cela semble faire l'objet d'une évolution¹³³.

Par ailleurs, s'agissant de l'adage *mater semper bona ergo mater semper certa*¹³⁴, selon lequel la mère est toujours connue, identifiée et présumée être une bonne mère¹³⁵, on remarquera que, dans le cas d'un enfant né d'un inceste, la filiation paternelle sera toujours celle qui se retrouvera évincée, celle qui fera apparaître la relation incestueuse¹³⁶.

¹³⁰ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 142.

¹³¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 370.

¹³² J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 136.

¹³³ Voyez à cet égard l'article 336 du Code civil, en vigueur au 1^{er} août 2010, démontrant une assimilation entre le biologique et le juridique dans le cadre des relations familiales telles qu'encadrées par le droit, bien que cet article fera l'objet d'une critique relative à l'impossibilité d'établissement de la double filiation faisant apparaître un inceste.

¹³⁴ Cet adage nous vient tout droit du principe lui-même tiré de l'adage *Mater semper certa est* et en vertu duquel, la femme qui accouche de l'enfant sera la mère de celui-ci. Ce principe est entré en grandes pompes dans notre arsenal juridique de la filiation à la suite du célèbre arrêt *Marck contre Belgique*, (Cour eur. D.H., arrêt *Marck c. Belgique du 13 juin 1979*), dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme dénonce la discrimination des enfants « bâtards » vis-à-vis des enfants nés dans le respect de l'institution matrimoniale. A cet égard, voir J. SOSSON, « La filiation, en fait et en droit : la quête d'une inaccessible étoile ? », *Ann. dr.*, vol. 1, 2019, pp. 29-50.

¹³⁵ A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, p. 268.

¹³⁶ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 144.

Ensuite, il est intéressant d'ajouter qu'en 1804, la prohibition de l'inceste sur le plan civil était entendue dans une société sans contraception¹³⁷, où un rapport incestueux hétérosexuel ne pouvait être volontairement infécond. Ainsi, le Code Napoléon procédait à une assimilation de l'inceste à l'adultère afin de protéger le géniteur. « 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'hui. Les bourgeois du XIXe siècle ne tenaient pas plus à faire apparaître leurs relations adultères, sans doute fréquentes, que leurs relations incestueuses, sans doute plus rares »¹³⁸.

S'ensuit un autre enjeu important, indirectement sous-jacent : l'intérêt *supérieur* de l'enfant. Cette considération de l'enfant semble traduire une certaine contradiction¹³⁹. En effet, la prohibition des comportements à l'origine de la naissance de l'enfant s'organise par une menace de la honte et de la misère qui découlent de cette naissance. Cependant, l'objectif recherché n'est point de tenir l'enfant pour responsable de l'agissement de ses géniteurs dont les conséquences « préoccupaient donc déjà les premiers rédacteurs du Code civil, qui ont compris qu'ils se trompaient de cible, puisqu'ils se 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 »¹⁴⁰.

Sans trop de surprise, cette déduction se confirme dans les travaux parlementaires du projet initial de la loi du 31 mars 1987¹⁴¹ dans lesquels l'on retrouve une volonté de placer tous les enfants, issus d'inceste ou non, sur un pied d'égalité en leur octroyant le même statut juridique. Alors qu'*in fine*, la conclusion retenue par le législateur est qu'il n'est pas vraiment de l'intérêt de l'enfant¹⁴² incestueux de voir sa double filiation établie¹⁴³.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 143.

¹³⁸ *Ibid.* p. 144.

¹³⁹ A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, p. 280.

¹⁴⁰ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 144.

¹⁴¹ Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n°904/2, p. 88.

¹⁴² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 647

¹⁴³ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 144.

§2. Textes légaux en vigueur

A présent, le Code civil contient les dispositions pertinentes suivantes :

Article 313 du Code civil : « (...) § 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 tribunal de la famille ne peut dispenser (...) ».

Article 314 du Code civil : « 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 tribunal de la famille ne peut dispenser, à moins que le tribunal de la famille estime que l'établissement de la filiation maternelle n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant ».

Article 321 du Code civil : « Le père ne peut reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage dont le tribunal de la famille ne peut dispenser ».

Article 325 du Code civil : « La recherche de paternité est irrecevable lorsque le jugement ferait apparaître entre le père prétendu et la mère un empêchement à mariage dont le tribunal de la famille¹⁴⁴ ne peut dispenser, à moins que le tribunal de la famille estime que l'établissement de la filiation paternelle n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant ».

Article 325/5 du Code civil : « La coparente ne peut reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et elle un empêchement à mariage dont le tribunal de la famille ne peut dispenser ».

¹⁴⁴ Voir note 119.

Par ces textes, le régime actuel en place interdit tout établissement d'un double lien de filiation en cas d'inceste entre les parents, à l'exception d'une marge d'appréciation laissée au tribunal de la famille lequel peut « dispenser » ou « juger de l'intérêt de l'enfant »¹⁴⁵.

En d'autres termes, la double filiation peut être établie malgré l'existence d'un empêchement à mariage entre les parents si celui-ci est relatif¹⁴⁶. Notons toutefois qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Auparavant, l'établissement d'un double lien de filiation était impossible si l'enfant était issu d'une union entre alliés en ligne directe, et donc qui se voyaient opposer un empêchement à mariage alors dit « absolu » à l'époque¹⁴⁷.

Cette évolution de l'empêchement absolu/relatif commence avec la loi du 1^{er} juillet 2006¹⁴⁸ qui a ajouté la possibilité de dispense moyennant la fin du mariage à l'origine dudit empêchement. Ensuite, un an plus tard, la loi change encore¹⁴⁹ afin de se conformer aux dires de la Cour d'arbitrage dans son arrêt n°157/2006 précité. L'empêchement « absolu » entre alliés en ligne directe devient « relatif »¹⁵⁰. Dès lors, dans le cas des alliés, « l'hypothèse d'un mariage créant un empêchement absolu ne se vérifiera plus jamais »¹⁵¹.

Outre le droit national, la jurisprudence a pointé du doigt l'importance de rappeler que la Convention relative aux droits de l'enfant contient une disposition pertinente en la matière :

Article 7.1 de la Convention : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

Bien entendu, cet article n'impose pas directement aux Etats d'établir d'office la double filiation de l'enfant, cependant, il suffit de démontrer que notre droit en vigueur fait apparaître une

¹⁴⁵ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, p.451.

¹⁴⁸ Loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *M.B.* 29 décembre 2006, p. 76040.

¹⁴⁹ Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *M.B.*, 29 juin 2007, p. 35863.

¹⁵⁰ G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, *op. cit.*, p. 451.

¹⁵¹ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 146.

différence de traitement¹⁵² entre les enfants issus de relations incestueuses et les enfants issus d'une union moralement « adéquate ».

§3. *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle*

L'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 de la Cour d'arbitrage¹⁵³

L'arrêt traite de la reconnaissance de deux enfants par leur père biologique qui se trouve être l'ex-beau-père de la mère des deux enfants en question. Pour les deux enfants, la reconnaissance paternelle a été établie après le prononcé du divorce entre le père et la grand-mère des enfants.

Le procureur du Roi près du Tribunal de première instance de Malines demande alors l'annulation de la reconnaissance de paternité pour les deux enfants. Le tribunal de Malines saisit la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1. L'article 321 du Code civil viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 7.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, en tant que l'article précité prive de la possibilité de faire établir sa filiation paternelle un enfant né d'une relation faisant apparaître un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, de sorte que cet enfant ne peut donc avoir qu'un seul lien de filiation, à savoir le lien maternel, alors qu'un enfant né d'un mariage, d'un concubinage ou d'une relation extra-conjugale *a matre* ou *a patre* ne faisant pas apparaître d'empêchement à mariage a la possibilité de faire établir aussi sa filiation paternelle et peut donc avoir deux liens de filiation ?

2. L'article 321 du Code civil, combiné avec les articles 312 et 313 du même Code, d'une part, et avec les articles 315, 317 et 319 du même Code, d'autre part, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il n'autorise pas à faire établir la filiation paternelle le père d'un enfant né d'une relation faisant apparaître un empêchement à mariage dont

¹⁵² Nous verrons dans le paragraphe suivant que la Cour a déjà conclu à une violation des articles 10 et 11 de notre Constitution, ainsi que de l'article 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant par les articles 321 et suivants du Code civil dans son arrêt du 17 décembre 2003 étudié ci-dessous.

¹⁵³ Voir note 5.

le Roi ne peut dispenser, alors que la filiation maternelle d'un enfant né d'une relation faisant apparaître un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser sera toujours établie ? »¹⁵⁴

Assez étonnement, la Cour décide de qualifier la question de *relative*¹⁵⁵ en ce que le problème de l'inceste que soulève cette affaire n'est pas le même entre parents « alliés » ou entre parents liés par le sang. Elle ajoute qu'il ne faut dès lors se pencher que sur l'alliance en cause. Celle-ci étant dissoute par le divorce, la Cour conclut ainsi à une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

« B.2.3. Il importe en outre de préciser que, bien que l'article 321 mentionne l'empêchement à mariage afin de désigner par ce détour la relation dite incestueuse qu'une reconnaissance ne peut faire apparaître, la question ne porte nullement sur l'admissibilité de tels empêchements, mais sur le problème tout différent de la reconnaissance »¹⁵⁶.

« B.4. Il ressort des travaux préparatoires de l'article 38 de la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, qui a inséré l'article 321 dans le Code civil, que, nonobstant les objectifs prioritaires de cette loi, assurer l'égalité des filiations et cerner d'aussi près que possible la vérité en matière de filiation biologique, le législateur a estimé que dans le cas d'une filiation dite incestueuse, « les intérêts de l'enfant doivent l'emporter sur tous les autres intérêts » et qu'en ce qui concerne les enfants visés à cet article, « on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement les intérêts de cet enfant » (Doc. parl., Sénat, 1984-1985, n° 904/2, p. 88) »¹⁵⁷.

¹⁵⁴ C.A., 17 décembre 2003, n°169/2003, *M.B.*, 2004, p. 10283.

¹⁵⁵ *Ibid.*, B.2.2.

¹⁵⁶ *Ibid.*, B.2.3.

¹⁵⁷ *Ibid.*, B.4.

Cet ajout de la Cour suscite beaucoup d'intérêt en ce qu'il pointe du doigt une problématique majeure : ce n'est point tant l'interdit de l'inceste dont il est question, mais bien des conséquences de cet interdit sur l'enfant¹⁵⁸.

Comme mentionné précédemment, le système juridique relatif à l'établissement de la filiation en cas d'enfant issu d'un inceste vise principalement à prévenir des comportements considérés comme moralement inacceptables. Cependant, la présence de l'enfant incestueux déjà né montre clairement que cette approche préventive a échoué.

L'arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012 de la Cour constitutionnelle

Cette affaire nous enfonce un peu plus dans le vif du sujet en ce qu'elle traite d'une union, cette fois-ci, entre un couple partageant la même mère biologique. En d'autres termes, la Cour fait face à un empêchement à mariage absolu, en vertu de l'article 162 du Code civil. C'est la première fois que la Cour est amenée à trancher sur une question de filiation incestueuse au sens biologique du terme. « Elle touche ici au « *carré noir* » de Jean Carbonnier ou au « *cercle rouge* » de Gérard Cornu, la prohibition de l'inceste entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs »¹⁵⁹.

Pour rappel, Monsieur et Madame se rencontrent avant d'apprendre qu'ils sont demi-frère et demi-sœur utérins, mais décident de poursuivre leur relation après avoir découvert leur parenté. Trois enfants naissent de cette union, et la petite famille mène une vie tranquille, sans toutefois voir de filiation paternelle établie pour les enfants. La mort soudaine de Monsieur lancera Madame dans une quête de justice pour ses enfants, qui se heurtera aux articles 321 et 325 du Code civil. La Cour constitutionnelle s'est alors vue saisie d'une question préjudicielle :

« 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

¹⁵⁸ Ce débat sera abordé en de plus amples détails *infra*, lors de l'examen de l'arrêt n°103/2012 du 9 août 2012 de la Cour constitutionnelle.

¹⁵⁹ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *op. cit.*, p. 23. ; A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », *op. cit.*, p. 298.

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 ».

Ce qui est intéressant ici c'est que le débat cherche véritablement à rester dans le vif du sujet, et à placer les enfants incestueux au centre de l'attention pour démontrer la discrimination qu'ils subissent, sans chercher à contredire l'illicéité de la relation parentale.

« A.1.1. M.M. expose qu'elle a pris conscience des problèmes matériels et psychologiques que l'absence de filiation paternelle engendrait pour ses trois enfants à la suite du décès de leur père. Elle précise que la demande devant le Tribunal de première instance ainsi que la question préjudicielle ne visent en rien à remettre en cause les empêchements à mariage et que la seule question soulevée en l'espèce est celle du droit des enfants à voir établie leur double filiation.

A.1.2. Elle cite l'arrêt de la Cour n° 169/2003 et souligne qu'en l'espèce, le père biologique des enfants est décédé. Elle convient que la relation incestueuse en elle-même peut être interdite, mais relève que le législateur n'organise rien pour que cet interdit soit respecté. Elle estime que la violation de cet interdit ne peut porter préjudice aux intérêts des enfants nés d'une telle union, dont ils ne sont en rien responsables. Elle indique qu'une évolution dans le sens de l'aménagement des conséquences de la relation incestueuse pour les enfants qui en sont issus peut être constatée dans différentes législations européennes.

A.1.3. Elle considère que la négation des effets de la relation incestueuse vis-à-vis des enfants qui en sont issus est contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux articles 3, paragraphe 1, et 7, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant et aux articles 10 et 11 de la Constitution. Elle souligne

encore que l'impossibilité légale d'établir la filiation alors que le père a élevé, éduqué, nourri et entouré ses enfants d'amour a des conséquences psychologiques désastreuses pour les enfants et ne peut plus être acceptée à notre époque. Elle fait valoir qu'il est généralement de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, quelles que soient les circonstances de celle-ci et même si elle fait apparaître une relation incestueuse entre ses parents. »

Dans son raisonnement, la Cour justifie à nouveau la prohibition de l'inceste en citant, une nouvelle fois¹⁶⁰, les fondements physiologiques et eugéniques, éthiques ou moraux et pour des raisons d'ordre au sein des familles.

Ensuite, la Cour rappelle qu'en 1987, le législateur avait justifié l'existence du mécanisme d'impossibilité d'établir la double filiation lorsque celle-ci faisait apparaître un empêchement à mariage absolu par la prépondérance de l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne saurait être rencontré par l'établissement d'une relation incestueuse. Ainsi, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 31 mars 1987 que la question de l'intérêt supérieur¹⁶¹ de l'enfant a été placée au cœur des débats lors de l'adoption de l'article 321 du Code civil. « En ce qui concerne les enfants visés à cet article on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement les intérêts de cet enfant. Dans l'appréciation de ses intérêts, il faut en effet tenir compte des conséquences les plus favorables d'une reconnaissance. C'est la raison pour laquelle il est souhaitable d'établir une distinction pour ce qui est des possibilités de reconnaissance »¹⁶².

Il est somme toute cocasse de mettre en parallèle les mots de la partie défenderesse et ceux du législateur de 1987 dont parle la Cour : d'un côté il est affirmé qu'il n'est plus acceptable à notre époque (en 2012) de faire subir aux enfants *innocents* les conséquences de l'interdiction de l'établissement de la filiation ; et de l'autre, l'on fait référence à ce qui a été prononcé 25 ans plus tôt, à savoir qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de ne pas établir cette filiation faisant

¹⁶⁰ Les points B.4.1 et s. de l'arrêt n°103/2012 du 9 août 2012 reprennent une justification très similaire aux points B.4.1 et s. de l'arrêt n°157/2006 du 18 octobre 2006 analysé *supra*.

¹⁶¹ Notons que dans son arrêt de 2003, la Cour emploie les termes « intérêt *supérieur* » de l'enfant, ce qui indique une référence à l'intérêt *in concreto* puisque c'est la formulation reprise par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, et non pas par l'article 22*bis* de la Constitution. J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 149.

¹⁶² Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, précité, n°904/2, p. 88.

apparaître l'inceste de ses parents. Ceci devance notre évaluation de la pertinence du fondement moral énoncé par la Cour face à l'interdit de l'inceste¹⁶³.

Cela démontre que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération indéniablement au diapason de son époque, dont l'interprétation *in concreto* varie fortement selon les mentalités et les circonstances.

On peut alors se demander si l'interdiction initiale, décidée par le législateur pour empêcher la reconnaissance de la double filiation dans le cas d'un inceste, n'était pas en réalité une manière naïve de « faire peur », une sorte de punition à subir si l'on franchit cette ligne interdite. Cela place l'enfant dans une situation difficile, car son sort dépend alors du comportement de ses parents lors de sa conception.

« B.8.1. Ainsi qu'il est rappelé en B.5, le législateur de 1987 est parti de l'idée que l'établissement d'une double filiation serait généralement contraire à l'intérêt des enfants issus d'une relation incestueuse. Si 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. Entre autres hypothèses, lorsque les circonstances de sa naissance sont connues de l'enfant et de son entourage, il peut en effet être estimé que les avantages, notamment en termes de sécurité d'existence, qu'il retirera de l'établissement d'un double lien de filiation sont supérieurs aux inconvénients qu'il pourrait subir en conséquence de l'officialisation de la circonstance qu'existe entre ses parents un empêchement absolu à mariage.

Il ne peut donc plus être affirmé, à l'heure actuelle, qu'il est toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit pas établie. En conséquence, en interdisant dans tous les cas l'établissement du double lien de filiation

¹⁶³ *Voy infra*, la section 2 du chapitre 2.

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.

B.8.2. Cette atteinte au droit des enfants concernés de voir pris en considération leur intérêt supérieur ne saurait être justifiée par l'objectif d'interdire les relations incestueuses entre personnes apparentées. Il est assurément légitime que le législateur cherche à prévenir ce type de relations pour les raisons rappelées en B.4.1, qui tiennent tant à la protection de l'ordre des familles et des individus qu'à la protection de la société (voy. aussi CEDH, 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, §§ 46 et 65).

Toutefois, contrairement 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.

B.8.3. 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 »¹⁶⁴.

Enfin, la Cour considère que le droit d'être reconnu et élevé par ses parents tel que prévu par l'article 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant ne peut être violé sous prétexte qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'établir sa double filiation, celle-ci faisant apparaître une situation familiale indécente, et tout particulièrement, cela ne saurait être justifié lorsque la cause de cet inceste étranger aux liens du sang est dissoute¹⁶⁵.

¹⁶⁴ C.C., 9 août 2012, n°103/2012, *M.B.*, 2012, p. 59225, B.8.1. à B.8.3.

¹⁶⁵ C.A., 17 décembre 2003, n°169/2003, *M.B.*, 2004, p. 10283, B.5.

Par conséquent, cet arrêt exprime l'importance capitale que la Cour accorde à l'intérêt supérieur de l'enfant, que notre pays, la Cour le rappelle, se doit de protéger en vertu de ses engagements internationaux¹⁶⁶.

Avant d'embrayer sur un autre arrêt d'une similarité frappante, il est de bon gré d'ouvrir une petite parenthèse de réflexion. L'arrêt de 2012 débouche donc sur une reconnaissance de la violation de la Constitution par l'article 325 du Code civil. Voilà qui soulève une question intéressante que le Pr. Alain-Charles Van Gysel aborde à l'aide d'une courte saynète¹⁶⁷ : *quid* du rôle de l'officier de l'état civil ? Cet arrêt ouvre-t-il la possibilité pour l'officier de mettre en parenthèse l'article jugé inconstitutionnel au profit du nouveau-né ?

Il appert que deux solutions sont envisageables. D'une part, faire sauter le verrou de l'article 325 ouvrirait la porte aux couples incestueux en route pour établir le double lien de filiation, ce qui faciliterait la mise en œuvre du respect des droits de l'enfant précités ; et d'autre part, il est somme toute assez complexe de passer outre l'obligation de toute administration¹⁶⁸ d'appliquer la loi et non la jurisprudence de la Cour.

En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est supposée rester étrangère à l'officier de l'état civil, celui-ci étant d'une administration et non d'une juridiction. Les dires de la Cour lui sont « *res inter alios judicata* »¹⁶⁹. Quelle mauvaise posture pour l'officier ! S'il refuse d'établir la filiation en vertu de l'article 325 du Code civil, c'est toute une procédure devant les tribunaux qui entre en jeu¹⁷⁰, dans l'espoir de voir se répéter la conclusion de l'arrêt de 2012, mais c'est la bataille menée en 2003¹⁷¹ qui risque alors de s'entamer si l'officier décide plutôt d'établir la filiation faisant apparaître un empêchement à mariage.

¹⁶⁶ J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 147.

¹⁶⁷ A.-C. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », in *Filiation et parentalité*, 1^e ed., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 136 et s.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 137.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste: une norme symbolique évanescence ? », *op. cit.*, p. 32. ; A.-C. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », *op. cit.*, p. 137.

¹⁷¹ C.A., 17 décembre 2003, n°169/2003, *M.B.*, 2004, p. 10283.

L'arrêt n° 99/2022 du 14 juillet 2022 de la Cour constitutionnelle

L'été dernier, une affaire importante s'est présentée devant la Cour : il s'agissait cette fois d'une question préjudicielle concernant l'article 321 du Code civil. Le Tribunal de première instance du Hainaut s'est demandé si dans cet article ne résidait pas une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'aux articles 3.1 et 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Pour rappel, les faits concernent un couple, qui introduit les démarches en vue de se marier en 2021. C'est alors qu'un lien de parenté se fait connaître : le couple partage la même mère. Pourtant, de cette union est né un enfant dont la double filiation avait été établie. Face à cette découverte, le Ministère public saisit le Tribunal de première instance en décembre 2021 afin de faire annuler la reconnaissance de paternité, dont jouissait pourtant l'enfant depuis le 13 avril 2016.

Sans trop de surprise, la Cour ressort son train-train, maintenant habituel : elle admet l'empêchement à mariage existant entre les parents de l'enfant¹⁷², elle rappelle qu'en l'espèce, il s'agit bien d'un empêchement absolu puisque le couple concerné se retrouve dans l'hypothèse de l'article 162 du Code civil¹⁷³. Ensuite, et comme à son habitude, les fondements de la prohibition de l'inceste sont présentés¹⁷⁴, justifiant ainsi le pourquoi du comment l'établissement d'une filiation incestueuse est prohibé en droit belge. Enfin, à la question préjudicielle qui lui a été posée, la Cour conclut et répond par la positive, en raison d'une impossibilité de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant face à l'union incestueuse dont il est issu¹⁷⁵.

¹⁷² C.C., 14 juillet 2022, n° 99/2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1403, B.2.

¹⁷³ *Ibid.*, B.3.

¹⁷⁴ *Ibid.*, B.4.

¹⁷⁵ *Ibid.*, B.9.

§4. *Le cas de l'adoption*

L'arrêt n° 25/2017 du 16 février 2017 de la Cour constitutionnelle

La Cour s'est vue saisie d'une question préjudicielle en violation des articles 10, 11 et 22bis de la Constitution belge ainsi que des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 par l'article 356-1 du Code civil combinés aux articles 162, 165 et 343 §1^{er} b) du même Code, posée par le Tribunal de première instance de Flandre occidentale, division Bruges.

Les faits sont particuliers en ce qu'il s'agit d'un frère dont la sœur adoptive, qui est également sa cohabitante légale, est la maman des 3 enfants qu'il souhaite adopter. Monsieur et sa sœur vivent ensemble, avec les 3 enfants. Madame est la sœur de Monsieur en vertu d'une adoption plénière¹⁷⁶ datant de son enfance. C'est par le biais d'une adoption simple¹⁷⁷ que Monsieur souhaite adopter ses petits neveux et nièces, tous mineurs au moment de l'introduction de la demande d'adoption.

Par conséquent, il existe un empêchement à mariage absolu¹⁷⁸ entre Monsieur et Madame¹⁷⁹.

La Cour rappelle un fait majeur :

« Les faits font également apparaître que les enfants n'ont pas de père légal, que le père biologique n'est pas connu, que la mère et le candidat adoptant cohabitent légalement, qu'il existe un lien social et affectif étroit entre les enfants à adopter et le candidat

¹⁷⁶ L'adoption *plénière*, par opposition à l'adoption *simple*, a pour effet que tous liens entre l'enfant et sa famille d'origine sont rompus, tel que prévu par l'article 356-1, al.1^{er}. Toutefois, et en vertu de l'article 356-1 al.2 du Code civil, les empêchements à mariage prévus par les articles 162 et suivants du Code civil sont maintenus, malgré l'extinction des liens juridiques de parenté. L'adoption plénière ne permet pas d'adopter une personne majeure, en vertu de l'article 335 du Code civil.

¹⁷⁷ L'adoption *simple* est régie par les articles 353-1 et suivants du Code civil. Contrairement à l'adoption *plénière*, l'adoption simple permet à l'adopté de maintenir des droits et obligations entre l'adopté et sa famille d'origine. L'adoption simple est possible aussi bien pour les personnes mineures que majeures (article 353-3 du Code civil).

¹⁷⁸ Article 162 du Code civil.

¹⁷⁹ C.C., 16 février 2017, n° 25/2017, *M.B.*, 2017, p. 48501, B.1.2.

adoptant et que tant la mère légale que les enfants concernés se déclarent explicitement d'accord avec l'adoption simple »¹⁸⁰.

Ainsi, la Cour semble tout de suite évoquer que la famille tout entière désire cette adoption, Madame, Monsieur et les enfants, qui ont manifestement développé des liens affectifs envers leur oncle, figure paternelle. Cela aurait, dans un sens, mérité une argumentation approfondie basée sur la réalité que vivent ces enfants au quotidien, voire de la possession d'état déductible de cette situation, mais le chemin emprunté en 2017 a été celui de la différence de traitement avec d'autres situations « comparables ». A l'inverse, la petite famille aurait pu se voir opposer l'argument de l'ordre au sein des familles, étant donné que l'oncle et le père se confondent, les rôles de chacun se retrouvent annihilés. Mais il n'en fut rien.

« La Cour est invitée à examiner la situation décrite en B.2, en ce que le candidat adoptant ne peut adopter les enfants parce qu'existe entre lui et la mère de ceux-ci un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser. La Cour est invitée à comparer cette situation à des « situations comparables ». Il existerait notamment une différence de traitement entre, d'une part, la catégorie des partenaires cohabitants légaux dont l'un a fait l'objet d'une adoption plénière par les parents de l'autre partenaire et, d'autre part, la catégorie des partenaires cohabitants légaux entre lesquels il n'existe qu'un lien de frère et sœur par alliance ou la catégorie des personnes n'ayant pas fait l'objet d'une adoption plénière, mais seulement d'une adoption simple »¹⁸¹.

En effet, le juge du Tribunal de première instance avait soulevé que si Madame n'avait pas fait l'objet d'une adoption plénière mais d'une adoption simple par les parents de Monsieur, l'empêchement à mariage auquel ils se heurtent aurait été relatif, ce qui aurait ouvert la porte à un éventuel aboutissement de la demande d'adoption¹⁸². Il en va de même si le lien entre Monsieur et Madame était un lien beau-frère et belle-sœur puisque dans cette hypothèse il n'existe pas d'empêchement à mariage¹⁸³. *A contrario*, le caractère absolu de l'empêchement à mariage existant en l'espèce est un barrage total au souhait de cette famille. En l'occurrence, la

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ C.C., 16 février 2017, n° 25/2017, *M.B.*, 2017, p. 48501, B.4.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Voir note 5.

Cour reconnaît qu'est comparable la présente affaire à la première hypothèse visée, celle de l'adoption simple, alors qu'elle n'admet point cette comparaison à la seconde hypothèse, celle de la belle-sœur, au motif que cette dernière n'est pas susceptible de prohibition à mariage¹⁸⁴.

En outre, la Cour juge bon de rappeler, une fois de plus, les fameux fondements des empêchements à mariage tels que déjà évoqués dans les arrêts examinés *supra*.

En conclusion, on peut dire que cet arrêt s'interroge sur le spectre de la prohibition de l'inceste afin d'en comprendre les conséquences sur le droit de filiation. C'est d'ailleurs à cette fin, semble-t-il que l'article 22*bis* de la Constitution est ajouté à l'équation.

Pour rappel, l'article 22*bis* de la Constitution indique : « Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.

Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement.

Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant ».

Lors de l'analyse de l'arrêt du 9 août 2012, il a déjà été établi que l'intérêt de l'enfant était primordial. Quoique la Cour rappelle l'inexistence d'un caractère absolu de l'intérêt de l'enfant, elle conclut tout de même à une violation des articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution par l'article 343 §1^{er}, b) du Code civil en combinaison avec les articles 162 et 164.

¹⁸⁴ C.C., 16 février 2017, n° 25/2017, *M.B.*, 2017, p. 48501, B.7.

Ainsi, la Cour se prononce, une troisième fois, en faveur de l'établissement d'un lien de filiation qu'elle juge dans l'intérêt de l'enfant quand bien même cette filiation fait apparaître un empêchement à mariage, et donc un inceste.

L'arrêt n° 95/2017 du 13 juillet 2017 de la Cour constitutionnelle

Toujours en 2017 s'ensuit une deuxième affaire aux faits très semblables au cas précédent. Le Tribunal de première instance du Limbourg, division Tongres, faisait face à des sœurs jumelles, cohabitantes de fait, désireuses de voir la fille mineure de l'une d'elles adoptée par l'autre.

Face à cette affaire proche de l'exacte copie de l'arrêt précédent, la Cour se répète :

« Ainsi que la Cour l'a jugé par son arrêt n° 25/2017, il n'est pas raisonnablement justifié qu'en conséquence de la fin de non-recevoir absolue de l'action en adoption simple, un enfant soit totalement privé de la possibilité de bénéficier d'une adoption simple par le parent en ligne collatérale de son père ou de sa mère, sans qu'existe, pour le juge, la possibilité de tenir compte de l'intérêt des enfants qui sont candidats à l'adoption, alors que tel doit être le cas, conformément à l'article 344-1 du Code civil.

Les empêchements à mariage, et plus particulièrement l'empêchement à mariage en ligne collatérale entre frères, entre sœurs ou entre frère et sœur, 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 puissent 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 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 »¹⁸⁵.

¹⁸⁵ C.C., 13 juillet 2017, n° 95/2017, *M.B.*, 2017, p. 95682, B.3. et B.4.

Chapitre 2. Réflexion sur les constats constitutionnels : analyse des enjeux juridiques et sociaux

Section 1. Le fondement physiologique

Sans nul doute, ceci rejoint les croyances des tares et objurgations du sang telles qu'abordées très succinctement *supra*.

Nous l'avons vu, les grands auteurs, tels que Durkheim¹⁸⁶, Claude Lévi-Strauss¹⁸⁷, Françoise Héritier¹⁸⁸ et bien d'autres encore dénoncent l'impertinence de ce fondement. Différents arguments sont présentés à cet égard.

§1. De la transmission de maladies génétiques.

Tout d'abord, il est nécessaire de se pencher sur les aspects biologiques de la consanguinité. En effet, le caractère *physiologique* ne saurait être étudié sans passer par l'étude de la transmission du patrimoine ADN des parents consanguins à leur enfant.

Pour rappel, la science en l'état ne parle pas d'augmentation de maladies génétiques ou de handicaps mais bien de risques¹⁸⁹. Cela signifie simplement que lors de la transmission de l'information génétique au moment de la division cellulaire, si l'embryon reçoit de ses deux parents, des allèles porteurs de faiblesses ou maladies génétiques, celui-ci verra son patrimoine génétique moins diversifié et sera plus probablement sujet à un handicap, maladie génétique ou malformation¹⁹⁰.

¹⁸⁶ M. DACCACHE, « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.* ; E. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *op. cit.*

¹⁸⁷ C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, *op. cit.* ; *Le regard éloigné*, *op. cit.*

¹⁸⁸ F. HERITIER, *Les deux soeurs et leur mère*, *op. cit.*

¹⁸⁹ R.M. SHAWKY et al., " Consanguinity and its relevance to clinical genetics ", *Egyptian Journal of Medical Human Genetics*, vol. 14, n° 2, 2013, pp. 157-164.

¹⁹⁰ Voir notamment les ouvrages du généticien, le Pr. Axel Kahn sur la question. Ceci est résumé par le Pr. lors d'une interview : « La consanguinité augmente le risque de maladies génétiques », *Le Parisien*, le 29 avril 2008, <https://www.leparisien.fr/faits-divers/la-consanguinite-augmente-le-risque-de-maladies-genetiques-29-04-2008-3298469521.php>, consulté le 23 juillet 2023.

Concrètement, lorsque deux individus partagent un ancêtre commun, la conséquence génétique de leur union est la transmission de deux fois le même gène hérité de l'ancêtre commun aux parents. La possession double du même gène amène un état dit « homozygote », par opposition à l'état « hétérozygote »¹⁹¹. A *contrario*, cela ne veut pas dire qu'un couple dépourvu d'un ancêtre commun ne peut pas transmettre un gène s'avérant, par hasard, commun aux deux parents. Par conséquent, cet état homozygote n'est pas le résultat ultime et propre à l'inceste¹⁹². De surcroît, cet état homozygote n'est pas synonyme de malformation, handicap ou maladie génétique. Seulement, certaines maladies génétiques, le plus souvent rares, se révèlent lorsque le gène récessif responsable de la maladie est transmis à la fois par le père et par la mère à l'enfant.

Ainsi, la science nous permet désormais de calculer le « coefficient de parenté »¹⁹³ d'un couple afin de connaître les probabilités de l'apparition d'un handicap chez l'enfant. « Dans la pratique, la valeur la plus élevée de ρ connue est $\rho = 0,022$ pour la mucoviscidose (...). Si l'on considère un cas d'inceste maximum avec $\phi = \frac{1}{4}$ (parent-enfant ou frère-sœur par exemple), on passera donc pratiquement d'un risque de 5 pour 10 000 naissances à 6 pour 1000¹⁹⁴. Dans ce cas extrême, le risque est donc multiplié par 12 ; mais il convient de remarquer que ce maximum de 6 pour 1000 reste un risque très faible par rapport aux divers risques de mortalité liés à la naissance en pays développé (de l'ordre de 1% et souvent plus) (...) »¹⁹⁵.

De plus, en examinant les théories actuelles sur la transmission des gènes malsains, il est évident que la consanguinité augmente le risque de transmission du gène malade par les deux parents en cas d'ancêtre commun porteur de la maladie. Cependant, il est prompt de souligner qu'une lignée exempte de maladies génétiquement transmissibles ne saurait accroître un risque

¹⁹¹ A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, pp. 108-109.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Cette technique de calcul nous vient de M. Gustave Malécot, elle-même basée sur la méthode *coefficient of inbreeding* de M. Sewall Wright. Pour de plus amples informations sur la question, voyez notamment G. MALECOT, « Génétique de population : principes et applications », *Population*, 1955, pp. 239-262 ; S. WRIGHT, "Coefficients of Inbreeding and Relationship", *The American Naturalist*, vol. 56, n° 645, 1922, pp. 330-338.

¹⁹⁴ Pour plus de clarté : ϕ représente le symbole de la valeur du coefficient de parenté et ρ représente la fréquence d'apparition de la maladie (A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, pp. 109-112).

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 112-113.

inexistant, réduisant ainsi la probabilité de transmission de maladies. En revanche, toute forme de mélange génétique introduit la possibilité de gènes potentiellement porteurs de maladies¹⁹⁶.

Il est somme toute assez difficile de justifier une telle prohibition sur base d'un risque inférieur à 1%, un risque qui ne saurait « compromettre l'avenir d'aucune population »¹⁹⁷.

En outre, un détail échappe à l'argument des risques eugéniques : l'absence de projet parental chez le couple consanguin. Cela fait référence à ce que nous enseignait le Pr. Fierens. Désormais, nous vivons dans une société où la liberté sexuelle des individus est exposée au grand jour, et où les rapports inféconds sont mieux acceptés.

§2. Des autres risques

Si la prohibition de l'inceste est justifiée par la seule volonté d'éviter l'apparition de maladies génétiques chez l'enfant, il y a lieu de mentionner qu'il existe de nombreuses autres situations comparables en termes de risque eugénique. C'est en poussant le raisonnement jusqu'à l'absurde que l'on démontre l'incohérence d'un tel argument.

Par exemple, il est impensable de légiférer afin d'interdire toute grossesse gériatrique. Pourtant, il est connu qu'après l'âge de 35 ans, une femme enceinte voit le risque d'anomalie chromosomique passer à 1 sur 180, puis, à partir de 40 ans, à 1 sur 60¹⁹⁸. Le risque de malformations cardiaques congénitales ainsi que d'hernie diaphragmatique est jusqu'à 4 fois plus élevé chez les femmes de 40 ans et plus¹⁹⁹. Ainsi, le risque de malformation de l'enfant est de 1,67% chez la femme âgée de plus de 40 ans²⁰⁰, contre 0,6% chez le couple incestueux dont la potentielle maman serait plutôt jeune²⁰¹.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 114.

¹⁹⁸ Statistiques données par le CHU Sainte-Justine, centre hospitalier universitaire mère-enfant, <https://www.chusj.org/fr/soins-services/C/complications-de-grossesse/complications-mere/Complications/age-avance>, consulté le 1^{er} août 2023.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ A. LANGANEY et R. NADOT, « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », *op. cit.*, p. 113.

Ensuite, il est assez connu que le tabagisme²⁰², l'alcool et les spiritueux²⁰³, avant et lors de la grossesse, ont un impact non négligeable²⁰⁴ sur le développement du fœtus, compromettant le développement des follicules et permettant ainsi la mutation de l'ADN lors de sa transmission²⁰⁵. Mais sur le plan législatif, il n'en est rien. Le respect des droits individuels de chacun est placé au premier plan, laissant la liberté des parents en devenir de consommer ces substances, pourtant à l'origine de tant de complications médicales sur le plan génétique.

On peut encore trouver un autre exemple de risque de transmission de handicap chez les personnes déjà atteintes. Pourtant, il est inenvisageable d'interdire, par exemple, aux couples atteints de trisomie 21 d'avoir un enfant.

²⁰² M. T. ZENZES, "Smoking and reproduction: gene damage to human gametes and embryos." *Human reproduction update*, vol. 6, n°2, 2000, p. 123, [10.1093/humupd/6.2.122](https://doi.org/10.1093/humupd/6.2.122), consulté le 29 juillet 2023.

²⁰³ Article brochure interactive du CHU de Liège, *L'alcool pendant la grossesse ? Pas pour nous !* https://www.chuliege.be/jcms/c2_17354238/alcoolisation-foetale, consulté le 1^{er} août 2023.

²⁰⁴ N.K. YOUNG, "Effects of Alcohol and Other Drugs on Children", *Journal of Psychoactive Drugs*, vol. 29, n° 1, 1997, pp. 23-42.

²⁰⁵ M. T. ZENZES, "Smoking and reproduction: gene damage to human gametes and embryos.", *op. cit.*, pp. 125-129.

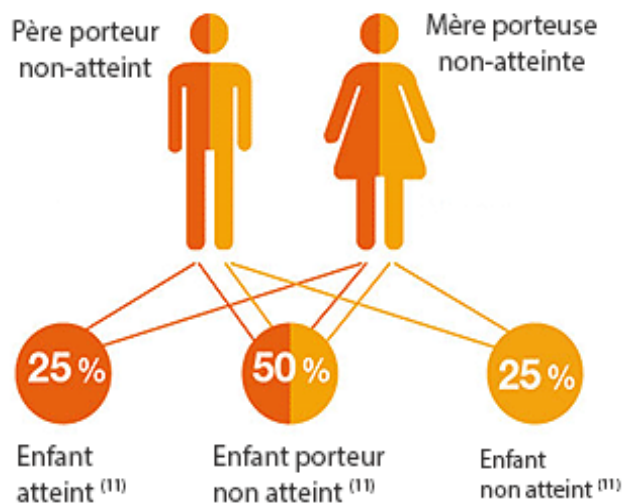


Figure 1, Le mode autosomique récessif. Ce graphe démontre les probabilités de transmission d'un gène dit « récessif », porteur d'un défaut. Le caractère récessif du gène induit que seul, le gène ne suffit pas à rendre l'enfant malade mais suffit à le rendre porteur de la maladie, et donc lui donne la possibilité de transmettre la maladie. Si le gène récessif est transmis par les deux parents, alors l'enfant ne sera pas seulement porteur, mais atteint de la maladie. Ce graphe est tiré de l'article « Héritéité et transmission » disponible à l'adresse suivante : <https://www.asl-hsp-france.org/la-maladie/heredite-et-transmission>, consulté le 23 juillet 2023.

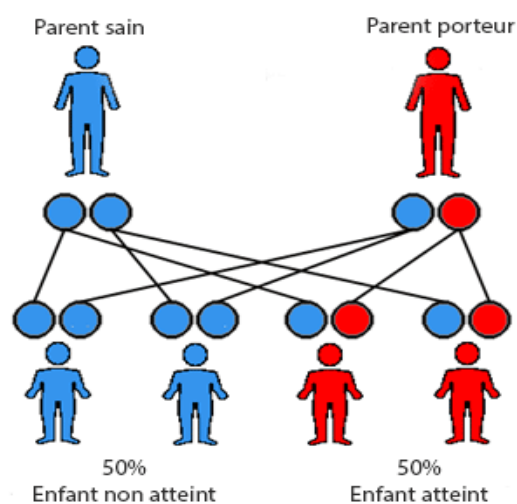


Figure 2, Le mode autosomique dominant. Ce graphe démontre les probabilités et conséquences de la transmission d'un gène malsain dit « dominant ». Le caractère dominant du gène implique qu'un seul gène malsain suffit à rendre l'enfant porteur et atteint de la maladie. Ce graphe est tiré de l'article « Héritéité et transmission » disponible à l'adresse suivante : <https://www.asl-hsp-france.org/la-maladie/heredite-et-transmission>, consulté le 23 juillet 2023.

Forcément, les règles de transmission génétique s'appliquent à toutes personnes, atteintes de handicap ou non, porteuses de maladies génétiques ou non, consanguines ou non.

Par conséquent, il est évident que la naissance d'enfants atteints de malformations, handicaps ou maladies est inévitable, et n'est pas réservée aux couples consanguins. La volonté est louable, mais la pertinence du fondement physiologique se heurte à une discrimination. La sélection d'un risque spécifique parmi une abondance de risques inévitables ne saurait justifier un traitement inégalitaire entre les couples.

§3. De l'enfant présent

La Cour constitutionnelle, nous l'avons vu, a été saisie maintes fois pour des questions de filiations incestueuses. Tous ces arrêts partagent la même considération que porte la Cour à la notion de « l'intérêt de l'enfant ». Un véritable principe constitutionnel²⁰⁶, cette notion grandissante doit désormais être analysée *in concreto*. C'est au cas par cas que la Cour se doit d'évaluer ce qui relève ou non de l'intérêt de l'enfant²⁰⁷.

« L'intérêt de l'enfant a été le bélier servant à délivrer les enfants nés d'une relation incestueuse de l'opprobre dont ils étaient les victimes depuis la nuit des temps, la réforme de 2006 ayant maintenu l'exclusion d'un double lien de parenté mettant à jour l'origine incestueuse de leur filiation »²⁰⁸.

Mais si la Cour place l'intérêt de l'enfant au-dessus, elle ne dénonce pas directement le mécanisme prévu par le législateur d'interdire l'établissement de la double filiation incestueuse à des fins de prohibition de l'inceste. C'est précisément cet examen de l'intérêt de l'enfant qui permet à la Cour de répondre aux questions préjudicielles à fleurets mouchetés, sans aller à l'encontre du législateur ni des grands piliers évoqués ci-dessus.

La balance entre l'intérêt de l'enfant et la prohibition de l'inceste ne donne nullement position concernant le fondement physiologique en ce que la présence de l'enfant devant le juge mérite une remise en question du mécanisme juridique justifié, une fois de plus, par ce fondement moral – que nous détaillerons dans un instant – et le fondement physiologique qui ne saurait que voir son impertinence dévoilée.

Si, quoi qu'il en soit, l'intérêt de l'enfant vient dominer toutes ces considérations relatives à l'inceste, est-il pertinent d'interdire cette filiation tout simplement ?

²⁰⁶ A.-C. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », *op. cit.*, p. 141 ; Const., art. 22bis.

²⁰⁷ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *op. cit.*, p. 62 ; A.-C. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », *op. cit.*, pp. 141-142.

²⁰⁸ N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in J. SOSSON et N. MASSAGER (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthémis, 2015, p. 73.

§4. De l'inceste sans consanguinité et de la consanguinité sans inceste

En addition, présenter le fondement physiologique appert être un non-sens face au spectre de la prohibition de l'inceste en l'état en ce qui concerne les liens d'alliance. L'inceste n'est point synonyme de consanguinité, tout comme consanguinité n'est point synonyme d'inceste. D'ailleurs, force est de constater que la prohibition de l'inceste concernant ces relations non consanguines fait l'objet d'une possibilité de dispense²⁰⁹, tout en restant incluses dans la liste des empêchements à mariage visée à l'article 161 du Code civil.

Il est vrai que les articles du Code civil ne définissent pas l'inceste, et qu'il n'est pas clairement indiqué que tous les empêchements à mariage prévus par le Code sont prohibés en raison d'un caractère incestueux. Mais la Cour, elle, nous indique systématiquement que « 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 »²¹⁰. Peut-être moins prudente, ou moins obscure que le législateur, la Cour inclut donc des relations non consanguines dans l'inceste, avant d'exclure son propre fondement physiologique face à cette hypothèse d'alliance, pour se rabattre sur le fondement moral.

Cependant, la Cour finit tout de même par conclure à une discrimination. On peut alors se demander pourquoi la Cour étend le spectre de l'inceste aux relations non consanguines ? Pourquoi ne pas définir l'inceste afin d'en justifier la prohibition de façon adaptée ?

Enfin, nous le rappelons une fois de plus, le droit belge ne voit pas d'inceste là où il n'y a pas de filiation établie²¹¹. Ainsi, nonobstant la consanguinité d'une relation, celle-ci peut échapper au champ de l'inceste, et glisser entre les doigts du fondement physiologique de la Cour. Bien entendu, ce fondement est voué à s'appliquer uniquement aux cas des couples consanguins, mais sans pourtant être apte à inclure toutes les situations du terrain, en cas d'absence de lien familial reconnu par le système juridique.

²⁰⁹ C. civ., art. 164. ; C.A., 17 décembre 2003, n°169/2003, *M.B.*, 2004, p. 10283.

²¹⁰ C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *M.B.*, 2007, p. 4519, B. 4.

²¹¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 370.

En conclusion, ce pilier de la prohibition de l'inceste semble promouvoir le bien-être biologique de l'humanité sans pour autant être capable de tenir compte de la réalité biologique des familles, et sans égards à la réelle proportion des risques biologiques de l'inceste consanguin à l'échelle d'une population, exposée à tant de risques biologiques, incestes ou non.

Section 2. Le fondement 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 pour des raisons physiologiques que « par des motifs de convenance ». 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. »²¹².

« 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 invoqué le législateur à propos de la loi du 27 mars 2001 qui a supprimé l'empêchement à mariage entre beau-frère et belle-sœur. Un tel argument présuppose que les changements de comportements 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 effectivité »²¹³.

²¹² J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », *op. cit.*, p. 151 ; citant lui-même Henri de Page : H. DE PAGE, *Traité*, 4^e éd. Par J.-P. MASSON, t. II, vol. I, n°1120.

²¹³ *Ibid.*, p. 151.

Cet extrait, criant de vérité du Pr. Jacques Fierens soulève un point qui retient toute notre attention : l'évolution des mœurs. A notre sens, cette simple locution suffit à invalider tout entier le pilier moral qu'invoque la Cour. En effet, cette dernière se trouve forcée de reconnaître qu'il est difficile d'imposer une différence de traitement pour des raisons morales, si bien que le verrou de la prohibition de l'inceste saute dès que la relation préoccupante est estimée acceptable aujourd'hui, au vu des circonstances, alors qu'elle était jugée contraire à la morale lors de l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes.

Force est de constater que l'évolution législative concernant le champ d'application des empêchements à mariage²¹⁴ se déroule en raison d'une variation de ce qui est jugé moral ou immoral en harmonie avec l'évolution des mentalités dans notre société²¹⁵.

Une autre observation de l'évolution des mœurs concerne le concept d'intérêt de l'enfant. En effet, les travaux préparatoires de la loi du 31 mars 1987 précités considéraient qu'il ne serait jamais de l'intérêt de l'enfant de voir une double filiation établie si cette dernière faisait apparaître une relation incestueuse entre ses parents, alors que la Cour emprunte des considérations toutes autres. Nous pouvons y voir là une forme d'évolution des mentalités en ce que la situation familiale de l'enfant chasse la moralité au profit d'une famille unie, acceptée et reconnue. Au fond n'est-il pas immoral de censurer la réalité que vivent les familles, de nier la généalogie inconvenante et de sanctionner l'enfant innocent ainsi né ? La Cour le reconnaît, et ne peut se résoudre à priver un enfant de ses parents biologiques sous prétexte d'une union immorale.

Au demeurant, ce fondement moral se retrouve assez amphigourique compte tenu de « l'action alimentaire non déclarative de filiation »²¹⁶. Ceci fait référence à l'article 336 du Code civil :

²¹⁴ Pour rappel, et comme l'indique le Pr. Fierens, l'article 2 de la loi du 27 mars 2001 supprime les termes « et les alliés au même degré » du premier alinéa de l'article 162 du Code civil et abroge son deuxième alinéa, supprimant ainsi les relations entre un beau-frère et sa belle-sœur du spectre de l'inceste.

²¹⁵ P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, op. cit., p.259.

²¹⁶ A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », op. cit., p. 293.

« L'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, peut réclamer à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception, une contribution alimentaire en vertu de l'article 203, § 1^{er} ».

L'incohérence de l'argument moral se retrouve ici à son apogée. En effet l'interdit d'établissement d'une filiation faisant apparaître une relation incestueuse ne saurait *de facto* que tirer son fondement dans le pilier moral, puisque le risque eugénique s'est déjà vu encouru lors de la conception de l'enfant désormais né. Dès lors, refuser l'établissement de la filiation pour nier l'immoral mais accorder un droit à l'action alimentaire, c'est dire oui et dire non²¹⁷.

In fine, il semble somme toute assez difficile aujourd'hui, dans notre société individualiste où le bien-être de l'individu est placé tout en haut des préoccupations morales, de justifier un interdit relatif à la vie familiale, à ce cocon intime et sacré, afin de protéger l'ordre public, la moralité et les bonnes mœurs. « Là où le droit de la famille ne jure désormais que par l'individualisme, le minimalisme et l'ordre public de protection, le droit civil de l'inceste continue à faire prévaloir le groupe sur l'individu, le maximalisme et l'ordre public de direction. 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 bout, - puisque normalement quand on change de paradigme, les règles suivent... mais rien n'y fait : les prohibitions civiles de l'inceste résistent encore et toujours à l'évolution du Droit »²¹⁸.

²¹⁷ *Ibid.* ; en note infrapaginale, le Pr. Van Gysel surnomme l'institution avec subtilité : « le petit bijou d'hypocrisie bourgeoise ».

²¹⁸ L. DUPIN, *L'inceste et le droit civil, op. cit.*, p. 106.

Conclusion

A l'issue de ce mémoire, l'évaluation de la pertinence des constats constitutionnels nous aura transportés à travers un voyage multidisciplinaire et temporel, parsemé d'anthropologie, de sociologie, d'histoire, de droit et de jurisprudence. La présente étude nous amène à la conclusion qu'il reste encore un bien long chemin avant d'atteindre les frontières de cette thématique si vaste.

Des différents arrêts, relatifs à la prohibition de l'inceste et des conséquences y afférant, qu'a rendus la Cour constitutionnelle, ressort l'imbroglio dans lequel se trouve le droit de la filiation à l'égard des empêchements à mariage. A mi-chemin entre le *deus ex machina*, et le *deus absconditus*, la Cour endosse le rôle fervent de défenderesse de l'intérêt supérieur de l'enfant mais reste prudemment taciturne quant à la légitimité du dispositif de prévention des relations incestueuses par le biais du droit de la filiation.

En effet, si la Cour nous rappelle les deux grands fondements de la prohibition de l'inceste, les assises physiologiques et morales, elle place toutefois l'intérêt de l'enfant toujours au-dessus de l'interdit de l'inceste. Malgré tout, elle prétend pourtant reconnaître l'intérêt de l'enfant comme non absolu et devant toujours faire l'objet d'un examen *in concreto*. Cette posture a souvent conduit la Cour à conclure à une violation de la Constitution par les articles instituant le mécanisme d'interdiction de l'établissement d'une filiation faisant apparaître un empêchement à mariage. Ces conclusions suscitent une réflexion profonde et incitent à se demander s'il ne serait pas plus pertinent de lever cet interdit d'établissement de filiation ?

S'agissant des grands piliers invoqués par la Cour, notons que celle-ci n'indique en rien leur provenance, laissant les lecteurs livrés à leur propre imagination. Dès lors, la recherche approfondie de l'origine de ces arguments s'avère nécessaire afin d'en évaluer la pertinence.

Concernant le premier fondement rappelé par la Cour, le pilier physiologique, nous déduisons des écrits apportés par les grands penseurs des sciences humaines, qu'il repose encore largement sur des croyances non étayées et issues des mauvaises interprétations des principes de la génétique et de la transmission des maladies et malformations.

De plus, les anthropologues et sociologues nous enseignent que la pratique de l'inceste existe et ne saurait constituer un danger pour l'humanité en ce que : premièrement, le risque biologique reste rare ; deuxièmement, il ne concerne que les unions entre consanguins et non entre alliés ni incestueux dits du deuxième type et troisièmement, en ce que les unions à risque restent minoritaires dans nos sociétés exogames.

Ainsi, l'impertinence de ce pilier est apodictique, et le motif physiologique ne saurait être valablement invoqué face à une union inféconde, ni face à un enfant déjà né.

Pour ce qui est du pilier moral, plus encore qu'impertinent, celui-ci nous apparaît comme incohérent. Comment interdire des unions, pourtant consenties, sous prétexte que celles-ci portent atteinte à l'éthique et aux bonnes mœurs, quand ces dernières sont des variables, supposées évoluer au rythme des mentalités actuelles ? Témoin d'une époque révolue, ce fondement se retrouve confronté à la métamorphose des structures familiales et à l'émergence d'une éthique plus tournée vers la reconnaissance des droits individuels. La volonté de préserver la dichotomie du bien et du mal, basée sur l'éthique d'une autre époque, amène indéniablement à une discordance entre l'objectif poursuivi par la norme originelle et sa mise en exécution actuelle. Ainsi, des incohérences surgissent : au nom de l'intérêt de l'enfant, valeur dont l'importance moderne était inexistante auparavant, on autorise une reconnaissance indirecte et non officielle d'un lien de filiation en vertu de l'article 336 du Code civil mais on refuse d'établir, juridiquement, une filiation correspondant à la réalité biologique et au souhait des familles.

L'argumentation fondée sur la morale est un subterfuge, alléguant que les relations incestueuses (et non pas spécifiquement consanguines) porteraient atteinte à l'ordre, aux rôles des individus au sein des familles. Cet argument labile ne semble guère prendre en considération les autres hypothèses provoquant l'absence d'équilibre ou de séparation distincte entre les rôles des membres d'une famille dont les contours et les formes évoluent.

En conclusion, si la prohibition de l'inceste dans notre droit civil belge est si ancienne et enracinée dans notre société, il est nécessaire de donner un coup de pied dans la fourmilière et de procéder à une refonte de la législation en la matière dans un souci de pertinence, de cohérence, mais aussi d'inclusion. Dans notre conception de l'inceste, il est plus que temps de

s'interroger sur la place qui est accordée aux nouvelles familles. Si les droits de l'enfant sortent progressivement de cet embourbement, qu'en est-il des amants dont l'inceste est involontaire ? Des couples dont l'union ne peut être qu'inféconde en raison de stérilité, d'absence de projet parental, ou d'homosexualité ? Qu'en est-il de l'ignorance de ses propres origines en raison d'adoption mais aussi des nouveaux modes de procréation ?

En définitive, la rétrospection entamée exhale une pâle lueur sur les constats constitutionnels et leurs implications. Les méandres du passé ont ainsi été explorés, les fondements scrutés et les résonances contemporaines sondées. Néanmoins, la finalité de ce voyage n'est pas de clôturer le dialogue, mais de semer les graines d'une réflexion encore plus vaste, axée sur les frontières de l'éthique et de la légalité. Après tout, nous ne pouvons qu'attendre et voir ce que nous réservent l'avenir... et la Cour !

Bibliographie

Législation

Supranationale

Convention relative aux droits de l'enfant, art. 3 ; 7.

Convention européenne des droits de l'homme, art. 8 ; 12 ; 14.

Etrangère

Code criminel de droit canadien, art. 155.

Code pénal de droit allemand, art. 173.

Code pénal de droit français, art. 222-31-1.

Belge

Constitution, art. 10 ; 11 ; 22*bis*.

Code civil, art. 161-164 ; 321 ; 335 ; 336 ; 353-1 ; 353-3 ; 356-1.

Code pénal, art. 417/18 ; 417/19.

Loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 du Code civil, *M.B.* 11 mai 2001, p. 15482.

Loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *M.B.* 29 décembre 2006, p. 76040.

Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *M.B.*, 29 juin 2007, p. 35863.

Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018, p. 106560.

Loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *M.B.*, 30 mars 2022, p. 25785

Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n°904/2.

Projet de loi modifiant les articles 162 et 164 du Code civil, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n°2219/1.

Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n°2-280/4.

Projet de loi modifiant les articles 162 et 164 du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n°788/2.

Proposition de Loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°2293/001.

Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n°2293/002.

Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 2141/001.

Jurisprudence

Cour eur. D.H., arrêt *Marck c. Belgique* du 13 juin 1979.

Cour eur. D.H., arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2005.

Cour eur. D.H., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012.

C.A., 17 décembre 2003, n°169/2003, *M.B.*, 2004, p. 10283.

C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *M.B.*, 2007, p. 4519.

C.C., 16 février 2017, n° 25/2017, *M.B.*, 2017, p. 48501.

C.C., 13 juillet 2017, n° 95/2017, *M.B.*, 2017, p. 95682.

C.C., 14 juillet 2022, n° 99/2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1403.

Doctrine

BATTEUR, A., « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, pp. 759-776.

BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 8^e ed., 2015.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2009.

DE PAGE, H., *Traité de droit civil belge. 1, Les personnes*, Bruxelles, Bruylant, [édition actualisée], 2015.

DUPIN, L., « L'inceste et le droit civil », thèse, 2017, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3.

Fierens, J., « Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », in J. SOSSON et N. MASSAGER (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 131-158.

FIERENS, J., « Partie préliminaire », in X, *Famille : union et désunion. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, octobre 2016, Prélim.0.1.1 – 1, pp. 19-94.

GALLUS, N., *Filiation*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

JOURNET, N., « L'inceste, un interdit universel ? », in *La parenté en question(s)*, Auxerre, Editions Sciences Humaines, 2013.

LEFEBVRE-TEILLARD, A., *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, Leiden, Brill, 2008.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 3^e ed., 2016.

LOCRE, J., *Esprit du Code Napoléon*, t. II, 1805.

MARTENS, P., *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003.

MASSAGER, N. et SOSSON, J., « Filiation et Cour constitutionnelle », in J. SOSSON et N. MASSAGER (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 33-86.

MATHIEU, G., *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014.

MATHIEU, G. et RASSON, A.-C., « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *Journ. dr. j.*, vol. 1, n° 321, 2012, pp. 23-38

MATHIEU G. et RASSON A.-C., « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs – Étude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle – no 46/2013, no 96/2013 et no 105/2013, J.T., 2013/35, n° 6537, p. 673-679 », *Journal des tribunaux*, vol. 2013, n° 35, 2013, pp. 673-679.

OURLIAC, P. et MALAFOSSE, J., *Histoire du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968.

PORTALIS, J-E-M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. (Consulté le 17 mai 2023).

RIGAUX, F., *Les personnes, Tome 1 Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971.

SENAEVE, P., VERSCHELDEN, G., SWENNEN, F. et WUYTS, T., *De hervorming van het afstammingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2007.

SOSSON, J., « Les actions judiciaires relatives à la filiation : tableaux synthétiques. Mise à jour et commentaire de la réforme partielle opérée par la loi du 21 décembre 2018 », *Rev. trim. dr. fam.*, vol. 2019, n° 1, pp. 9-45.

SOSSON, J., « Filiation, origines, parentalité », in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (dir.), *Filiation et parentalité*, Famille et droit ; 7, 1^e ed., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 5-33.

SOSSON, J., « La filiation, en fait et en droit : la quête d'une inaccessible étoile ? », *Ann. dr.*, vol. 1, 2019, pp. 29-50.

VAN GYSEL, A.-C., « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 261-302.

VAN GYSEL, A.-C., « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », in *Filiation et parentalité*, 1^e ed., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 131-156.

VERSTRAETE, K. et VERSCHELDEN, G., « Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletsen tussen aanverwanten: commentaar bij de Wet van 15 mei 2007 », *T.B.B.R.*, 2008, pp. 293-306.

Sciences humaines

ACCARDO, A., *Introduction à une sociologie critique : lire Pierre Bourdieu*, Marseille, Agone, 4^e ed., 2021.

BARRY, L., « Prohibition de l'inceste » *Encyclopaedia Universalis*, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/prohibition-de-l-inceste/#quote-apa>. (consulté le 12 mai 2023).

CYRULNIK, B., « Le sentiment incestueux », in *De l'Inceste*, Paris, Editions Odile Jacob, 1994, pp. 23-70.

DACCACHE, M., « Compte-rendu de : Emile Durkheim, La prohibition de l'inceste et ses origines », *Socio-logos*, vol. 4/2009, 2008, <https://doi.org/10.4000/socio-logos.2806> (consulté le 4 avril 2023).

DURKHEIM, E., « La prohibition de l'inceste et ses origines », *L'année sociologique*, vol. 1, 1897, pp. 1-70.

DURKHEIM, E., « Sur le totémisme », in *L'année sociologique*, vol. V., 1900-1901, Paris, PUF, pp. 82-121

DUSSY, D., *Le berceau des dominations*, Paris, Les Editions La Discussion, 2013.

DUSSY, D., « Les Théories de l'inceste en anthropologie. Concurrence des représentations et impensés », *Sociétés et représentations*, vol. 2016/2, n° 42, 2016, pp. 73-85.

FINE, A., « Retour critique sur l'inceste de deuxième type », *L'homme*, n° 205, 2013, pp. 99-114.

FOURE, L. et OBADIA, C., « Entretien avec Françoise Héritier », *Le Philosophe*, n° 31, 2009, pp. 11-25.

FRAZER, J.G., *Totemism and Exogamy: A Treatise on Certain Early Forms of Superstition and Society*, London, MacMillan, 1910.

FREUD, S., *Totem et tabou*, Paris, PUF, 2010.

GAYON, J., *Darwin et l'après-Darwin*, Paris, Editions Matériologiques, 2019.

GODELIER, M., *l'Interdit de l'inceste à travers les sociétés*, Paris, CNRS Editions, 2021.

GRELLEY, P., « ... en contrepoint - L'inceste est-il un interdit universel ? », *Informations sociales*, vol. 144, n° 8, 2007, pp. 67-68.

HERAN, F., *Figures de la parenté*, Paris, Presses Universitaires de France, 1^e ed., 2009.

HERITIER, F., *Les deux soeurs et leur mère*, Paris, Editions Odile Jacob, 1994.

HERITIER, F. et Molinier, P., « La valence différentielle des sexes, création de l'esprit humain archaïque », *Nouvelle revue de psychologie*, n° 17, 2014, pp. 167-176.

JOURNET, N., « L'inceste, un interdit universel ? », in *La parenté en question(s)*, Petite bibliothèque, , Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2013, pp. 16-21.

LANGANEY, A. et NADOT, R., « Chapitre IV Génétique, parenté et prohibition de l'inceste », in *Le sociologue*, Presses Universitaires de France, 1995, pp. 105-126.

LEVI-STRAUSS, C., *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, Berlin, Mouton de Gruyter, 2e, 1967.

LEVI-STRAUSS, C., *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983.

MORGAN, L.H., *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, Washigton, Smithsonian Institution Edition, 1871.

PULMAN, B., « Contribution à l'histoire des débats sociologie/psychanalyse Westermarck, Durkheim et Freud face à « l'horreur de l'inceste » », *Revue française de sociologie*, vol. 53, n° 4, 2012, pp. 623-649.

SEGALEN, M. ET MARTIAL, A., « Chapitre 1 - Famille et parenté entre anthropologie et histoire », in *Sociologie de la famille*, vol. 8^e ed., Collection U, , Paris, Armand Colin, 2013, pp. 25-55.

SIMONIS, Y., *Claude Lévi-Strauss ou la « passion de l'inceste »*. Introduction au structuralisme, Paris, Aubier Montaigne, 1968.

WESTERMARCK, E., « Methods in Social Anthropology », *The Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, vol. 66, 1936, pp. 223-248.

WESTERMARCK, E., *The History of Human Marriage*, New York, Macmillan, 1862.

ZONABEND, F., « De la famille, Regard ethnologique sur la parenté et la famille », in *Histoire de la famille, 1. Mondes lointains, mondes anciens*, Paris, Armand Colin, 1986.

Divers

La Bible, Ancien Testament, Livre du Lévitique.

Code de Droit Canonique Latin, art. C. 1094 CIC/1983.

Kahn, A., « La belle histoire du gène », in *Les grandes épopées qui ont fait la science*, Champs-Sciences, , Paris, Flammarion, 2020, pp. 161-187.

MALECOT, G., « Génétique de population : principes et applications », *Population*, 1955, pp. 239-262.

SHAWKY, R.M. et al., “Consanguinity and its relevance to clinical genetics”, *Egyptian Journal of Medical Human Genetics*, vol. 14, n° 2, 2013, pp. 157-164.

WRIGHT, S., “Coefficients of Inbreeding and Relationship”, *The American Naturalist*, vol. 56, n° 645, 1922, pp. 330-338.

YOUNG, N.K., “Effects of Alcohol and Other Drugs on Children”, *Journal of Psychoactive Drugs*, vol. 29, n° 1, 1997, pp. 23-42.

ZENZES, T. M., “Smoking and reproduction: gene damage to human gametes and embryos.” *Human reproduction update*, vol. 6, n°2, 2000, pp. 122-31, [10.1093/humupd/6.2.122](https://doi.org/10.1093/humupd/6.2.122) (Consulté le 29 juillet 2023).

<https://www.chusj.org/fr/soins-services/C/complications-de-grossesse/complications-mere/Complications/age-avance> (Consulté le 1^{er} août 2023).

https://www.chuliege.be/jcms/c2_17354238/alcoolisation-foetale (Consulté le 1^{er} août 2023).

<https://www.asl-hsp-france.org/la-maladie/heredite-et-transmission> (Consulté le 23 juillet 2023).

<https://www.leparisien.fr/faits-divers/la-consanguinite-augmente-le-risque-de-maladies-genetiques-29-04-2008-3298469521.php> (Consulté le 23 juillet 2023).

