L'inceste dans la doctrine pénale d'Ancien Régime

Renaud BUEB
Maître de conférences HDR en histoire du droit et des institutions
Université de Franche-Comté

L'homme est un animal étrange et passionnant, objet de nos études, de nos explications, de nos théories, de nos élans et de nos ressentiments. Animal politique, *zoon politikon* remarqué par Aristote, il vit dans des sociétés organisées par des dieux, des croyances ou des valeurs, dirions-nous aujourd'hui, et par des lois. Être sujet de droits, cerné par le droit, il n'en reste pas moins un animal mu par l'instinct… un instinct pas toujours heureux qu'il importe de canaliser ou de réprimer. Le philosophe Pascal voyait l'homme comme un roseau pensant, la réalité humaine montre qu'il n'est qu'un lapin pensant. La nature ou le bon Dieu ont imposé une destinée à l'humanité : se reproduire à l'infini, pour le meilleur et pour le pire de son espèce et de son environnement. La conjonction de sexes est donc indispensable à la génération et à la perpétuation de l'humanité. Aussi les hommes l'ont-ils entourée de sacralité et d'interdits moraux ou juridiques pour la magnifier et la protéger. Les textes de l'Orient ancien et des religions monothéistes sont les premiers codes définissant les lois de la sexualité. Le plaisir n'y est certes pas interdit, mais le sexe doit pourvoir à la reproduction, *in secula seculorum*.

Faire des petits n'est pas anodin. Ce peut être bien sûr un plaisir, mais le plaisir n'intéresse pas le juriste, plus sensible à la douleur et à son prix. La copulation sert à la procréation, à fonder et à continuer une lignée, une famille. La famille n'est pas seulement la résultante de la nature, elle est aussi un ensemble de représentations et un ordre symbolique. Elle remet chacun à sa place et assure l'attribution et la distribution des honneurs et des biens. Et lorsqu'il y a de l'intérêt intervient alors le juriste. Le droit se devait donc de définir et d'encadrer la sexualité humaine.

Catherine Philippe en sait quelque chose, elle qui se dévoua, pendant une longue carrière universitaire, à faire connaître à de nombreuses générations, les joies et les souffrances des effets de la reproduction, ce droit de la famille, dont elle a connu la passionnante mutation contemporaine. Du grand chambardement de la famille (qui

en perdit sa singularité ou son singulier pour se décliner au pluriel), de la filiation, des successions, du mariage, et des manipulations biologiques, le droit a conservé une règle antique et fondatrice, l'inceste, tabou social et interdit juridique. La sexualité, ou plutôt les sexualités, ayant été libérées, il fallait, malgré tout, conserver un totem symbolique.

Le tabou de l'inceste est l'interdit fondamental et fondateur. Il serait trop long ici de revenir sur son origine, sa nécessité ou sa mythologie[1]. Il suffit de retenir qu'il est un classique du droit et de l'histoire du droit. Péché abominable, il est la conjonction illicite par excellence, parce qu'il viole l'ordre symbolique et surtout l'ordre des familles : où se situera l'enfant de l'inceste, lorsque son père et sa mère sont frère et sœur, donc sont aussi ses oncle et tante ? En 1804, le Code civil pose sa définition – assez libérale – du tabou et des interdits au mariage[2]. L'inceste, à l'instar des crimes de luxure, n'est pas seulement un dérèglement de la nature, il offense les mœurs, les valeurs et la religion, l'honneur et la dignité des personnes et des familles. Jadis, il est surtout une insulte au Dieu créateur et une négation de l'humanité de l'homme. Le droit sécularisé de la France d'Ancien régime est au service de cette cause sacrée. Si la pureté des mœurs est nécessaire au salut des âmes, elle est aussi indispensable à la sécurité et la pérennité des États. La sexualité est donc bien affaire de légalité : la famille est la pépinière de l'État (Cicéron) et les mariages, c'est-à- dire les unions sexuelles légitimes de l'homme et de la femme, en sont le séminaire (déclaration royale du 16 novembre 1639). Aussi l'inceste, crime contre la nature, la religion et l'État, crime contre l'ordre social, moral et familial, doit-il être vigoureusement poursuivi et sévèrement châtié, jusqu'à la mort.

---

[1] É. Durkheim, *La prohibition de l'inceste et ses origines,* Paris, 1896 (éd. 2013) ; Cl.-H. Parat*, L'inceste*, PUF, Paris, 2004 ; B. Vernier, *La prohibition de l'inceste, Critique de Françoise Héritier*, Paris, 2009 ; P. Racamier, *L'inceste et l'incestuel*, Paris, 2010 ; F. Héritier et al., *De l'inceste*, Paris, 2010, A. de Monstas et G. Roussel, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, 2010, 1, p. 289-308 ; G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Revue de science criminelle,* 2010, p. 599-611.

[2] Art. 161 à 164 C. civ. (rédaction modifiée en 1914, 1932, 1972, 2005, afin de prendre de compte les évolutions de la société et du droit de la filiation) ; G. Courtois, « Portalis et la prohibition de l'inceste », *Droit et cultures,* n° 48, 2004, p. 63-75.

À l'époque moderne, le cadre juridique de la prohibition et de la sanction de l'inceste est un thème classique de la littérature et des auteurs de droit criminel. Pour cette courte et modeste mise au point, seront sollicités les grands maîtres de l'école criminaliste française. Au début du XVII[e] siècle, Le Brun de la Rochette s'abandonne encore à l'exubérance rabelaisienne de la Renaissance et voit dans la fainéantise, la source de tous les crimes malheureux et du relâchement des mœurs[3]. Au siècle des Lumières, l'austère avocat franc-comtois, devenu Conseiller au nouveau Parlement de Maupeou en 1771, Muyart de Vouglans et Jousse, professeur de droit français à Orléans[4] ont réalisé les synthèses les plus complètes de la matière pénale. Leurs traités de droit criminel présentent, avec moult détails, les sources législatives, les discussions doctrinales et les solutions jurisprudentielles relatives aux crimes de mœurs. Ils se réfèrent à la Bible, au droit romain, au droit canon, aux auteurs du moyen âge (Guy Pape[5]), de la Renaissance, à Boerius[6], à l'école milanaise de la fin du XVI[e] siècle (Julius Clarus, Menochius[7]), ainsi qu'à Farinacius, Damhouder[8], sans oublier les arrêtistes et juristes français des XVI[e] et XVII[e] siècles (Boniface, Chenu, La Roche-Flavin, Favre, Imbert, Papon[9]). Les grands dictionnaires juridiques de l'époque, de Brillon

---

[3] Le Brun de la Rochette, *Le procès civil et criminel,* II[e] partie, le Procès criminel, Lyon, 1617.

[4] Pierre-François Muyart de Vouglans (1713-1791), *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Neuchâtel, 1781 ; *Institutes au droit criminel*, Paris, 1757 ; Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 1771.

[5] Gui Pape (mort en 1477), *La jurisprudence de Guy Pape, avec des remarques par Nicolas Chorier*, Lyon, 1692 (1[re] éd. vers 1475 ou 1490).

[6] Nicolas Boyer, dit Boerius (1469-1539), *Decisiones aureae in Burdegalensi senatu discussae*..., Lyon, 1559.

[7] Julius Clarus (1525-1575), *Libri Sententiarum receptarum seu practica civilis et criminalis* 1559 (éd. Genève, 1739), Jacques Menochius (1532-1607), *De arbitriis judicum quaestionibus,* Lyon, 1605.

[8] Prosper Farinacci, dit Farinacius (1554-1613), *Opera omnia*, Anvers 1626, *Praxis et theorica criminalis* (1616, éd. Lyon 1631), Josse de Damhouder (1507-1581), *Praxis rerum criminalium*, 1646, et ses traductions en langue française : *Pratique judiciaire es causes criminelles*, Anvers 1614, et *La Practique et Enchiridion des causes criminelles*, Louvain, 1555 (utilisée ici).

[9] Hyacinthe de Boniface (1612-1699), *Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence, Cour des comptes, aides & finances*, 2 vol. Paris, 1670 ; Jean Chenu (1559-1627), *Les Notables et singulières questions de droict décidées par arrests mémorables des cours souveraines de France*, 1603, éd. de 1620 ; Antoine Favre,

ou de Guyot[10] permettent de compléter leurs analyses et d'appréhender leur rayonnement. Le Code criminel de Charles Quint (1532) ou Caroline ouvre sur le droit pénal de l'Outre-Rhin et du Saint Empire[11]. Nourris de sources diverses et anciennes, de la pratique et de la doctrine (la jurisprudence de l'époque ou sagesse du droit), les auteurs exposent une casuistique savante et complexe, afin que le juge puisse trouver la solution juste, et attribuer à chaque criminel – incestueux en l'occurrence – la peine qui lui est due : *Suum cuique tribuere*. La méthode des maîtres sera toujours la même : après avoir défini l'inceste et la peine qui le sanctionne, il importe d'exposer la règle générale et ses cas particuliers, les exceptions, dans une *disputatio* toujours bien argumentée.

I. L'inceste une conjonction illicite

La condamnation de l'inceste structure les relations familiales et sociales : l'inceste n'est pas seulement un acte illicite, il est aussi la transgression d'un tabou, un sacrilège. Dans le droit de l'ancien régime, l'incrimination et la peine demeurent marquées par cette sacralité religieuse et laïque. La définition des juristes est somme toute classique. Au XVI[e] siècle, Damhouder le range parmi les crimes sexuels graves : « D'étant que fornication est moindre soubz les pechez de la chair, d'aultant est l'incest plus grand et pesant. Incest est avoir compagnie charnelle avec son lignage parenté ou son affinité, ou avecq moisnes, nonnes, ou aultres religieuses »[12]. La définition de

dit Faber (1557-1624), *Thrésor de la pratique judiciaire,* Genève, 1634 ; Jean Imbert (né en 1522), *Pratique judiciaire*, Paris, 1563; Bernard de La Roche-Flavin (1552-1627), *Arrests notables du Parlement de Toulouse, nouvelle édition augmentée des Observations de M[e] François Graverol*, Toulouse, 1745 (1[re] éd. 1617) ; Jean Papon (1507-1590), *Recueils d'arrêts notables des cours souveraines de France*, Lyon, 1556, éd. 1574 (référence des notes).

[10] Pierre-Jacques Brillon (1671-1736), *Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle des parlements de France et autres tribunaux,* 1711, 3 vol., éd. 1727, 6 vol. (références des notes). Joseph-Nicolas Guyot (1728-1816), *Répertoire de jurisprudence, 1784-1785, 17 volumes*. Le dictionnaire de Denisart, *best-seller* de l'édition juridique de l'époque, est peut ouvert au droit pénal.

[11] Franz-Adam Vogel, *Code criminel de l'empereur Charles V, ou Caroline*, éd. 1779.

[12] Josse de Damhouder, *La Practique et Enchiridion des causes criminelles*,

Jousse est générique et laïque : « L'inceste est la conjonction illicite, qui se fait avec des personnes avec lesquelles il n'est pas permis de se marier, à cause de la parenté, ou alliance »[13]. Muyart de Vouglans est plus fidèle à la dimension sacrée du crime : « On appelle Inceste en général, toute conjonction illicite qui se fait avec des personnes que les lois canoniques & civiles ne permettent pas d'épouser, à cause de la parenté ou affinité, soit naturelle, soit spirituelle, qui se trouve entr'eux »[14]. La parenté ou affinité naturelle est le lien de sang. Il existe également des incestes qualifiés de spirituels lorsque la parenté est spirituelle, entre un clerc et un laïc.

Le droit laïc sanctionne les incestes contre le droit naturel qui ont lieu entre ascendants et descendants, « parce que ces sortes de Crime font horreur à la nature, & qu'il en résulte le trouble & la confusion dans le sang & dans l'ordre des Familles »[15]. Les incestes contre le droit des gens concernent la parenté au sens large celle qui s'établit en ligne collatérale et par alliance : les relations charnelles entre le beau-père et sa belle-fille, la belle-mère et le gendre seront punies, parce qu'elles « se commettent entre les Personnes qui se tiennent lieu de Pere & d'Enfants »[16]. Lorsque le degré de parenté est plus éloigné ou symbolique, il y aura inceste contre le droit civil et canonique : c'est le cas des relations entre oncle et nièce, tante et neveu, cousin et cousine, beau-frère et belle-sœur.

Du droit canonique est issue la catégorie des incestes spirituels : seront punies les relations charnelles commises soit par des laïcs qui violent un sacrement religieux, soit par des clercs qui violent une affinité spirituelle. L'interdit sexuel entre laïcs se contracte par le baptême et la confirmation, celui des clercs par la pénitence. Le droit pénal n'incrimine pas les incestes spirituels des laïcs ; seul le droit civil les sanctionne par l'empêchement au mariage. Sanction peu contraignante, puisqu'elle peut être levée par une dispense. Cependant, le droit civil condamne l'inceste spirituel commis par un homme avec la mère et la fille, ou avec les deux sœurs, avec la tante et la nièce, etc., simultanément ou successivement. Chaque conjonction

---

Louvain, 1555, p. 200.

[13] Jousse, *Traité de la justice criminelle,* t. 3, IV, p. 561, n° 1.

[14] Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles*, I, p. 204, n° 1.

[15] Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel,* p. 505.

[16] Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, p. 505.

étant assimilée à une alliance, le lien de parenté proche crée le tabou et justifie la prohibition. Tous les incestes ne sont donc pas sanctionnés par le droit : le mariage et les conjonctions charnelles sont interdits au sein de la parenté naturelle, en ligne directe et collatérale, entre ascendants et descendants, entre frère et sœur, oncle et nièce. Au-delà de ce degré, la relation n'est pas incestueuse. Dans la parenté par alliance, les unions entre le fils et sa marâtre, la fille et son parâtre, entre le père et sa bru, entre le gendre et sa belle-mère sont également prohibées.

II. La peine de mort, sanction du crime d'inceste

L'inceste est un crime abominable. Outre la pénitence, peine ecclésiastique à la discrétion des officialités, ce crime de sexe et de sang doit être puni de mort : il faut ôter la souillure de la terre. La peine de mort a une origine très ancienne : elle est mentionnée dans la Bible (chapitre XX du Lévitique) ou le droit romain (les Douze Tables, le Code Théodosien). Les droits barbares étaient moins cruels, l'arrangement des familles étant plus important que la suppression d'une vie. La loi des Burgondes (début du VI^{e} siècle) appréhende l'inceste sous la forme d'un adultère particulier : « si quelqu'un est surpris en adultère avec sa parente ou la sœur de sa femme, il devra payer au plus proche parent de celle avec qui il a commis cet adultère, la composition qui est due à raison du rang qu'occupe cette femme, il devra payer en outre une amende de 12 sous d'or. Quant à la femme qui a commis cet inceste, nous ordonnons qu'elle devienne l'esclave du roi »[17].

Les lois royales ne prévoyant pas de peine contre l'inceste, les juristes se réfèrent au droit romain et à la jurisprudence. La Caroline, ordonnance criminelle du Saint-Empire, distingue deux espèces d'inceste : seul l'inceste en ligne directe est puni de mort, peine du feu dans les Pays-Bas ou du glaive ailleurs ; mais lorsque le degré de parenté est plus éloigné et que le droit civil autorise le mariage par dispense, l'inceste sera seulement puni du bannissement ou de la

[17] *Loi des Burgondes*, trad. J-F-A Peyré, Lyon, 1855, titre XXXVI, Des incestes, p. 15.

fustigation[18]. Selon le cas, la détermination de la peine est renvoyée aux lois impériales et à l'avis des jurisconsultes. En France, la peine ordinaire de l'inceste est celle du feu : le crime reste cette souillure dont il faut purifier la société. Les auteurs rappellent que la sévérité de la peine dépend de la proximité du degré de parenté.

L'ancienne jurisprudence a toujours puni de mort les relations incestueuses entre ascendants et descendants en ligne directe (entre un fils et sa mère ou sa grand-mère, entre un père et sa fille ou sa petite fille), que la parenté soit légitime ou naturelle. Les auteurs du XVI^e^ siècle, Boerius, Julius Clarus et Menochius évoquent de nombreuses condamnations de pères incestueux au supplice du feu. Le 12 février 1536, le Parlement de Toulouse condamna au bûcher un fils et sa mère[19]. Un notaire fut décapité en 1548 pour avoir connu et la mère et la fille[20].

Lorsque le degré de parenté est plus éloigné, la condamnation à mort a toujours fait l'objet d'une controverse. Si la plupart des auteurs revendiquent la peine de mort, Farinacius et Julius Clarus pensent qu'elle n'est plus justifiée lorsque la parenté est plus distante, une peine arbitraire suffit, même pour l'inceste entre oncle et nièce. Le droit laïc tend à s'émanciper des conceptions canoniques très larges du lien parenté. La peine de mort est toujours requise pour sanctionner l'inceste entre collatéraux, frère et sœur[21]. Jousse, d'accord avec Damhouder et Boerius, renvoie à un arrêt du Parlement de Bordeaux de 1580 qui condamna les deux coupables à avoir la tête tranchée et leur cadavre brulé[22]. Cependant, quelle autorité accorder à une sentence qui fut d'autant plus sévère qu'elle fut rendue par contumace ? En effet, l'Ancien Régime punit d'autant plus fermement que les auteurs ont fuit la justice. Les condamnations par contumace ont essentiellement ce caractère comminatoire rappelant la force de l'ordre symbolique de l'État.

Quand la parenté est par alliance la peine capitale est encore plus

---

[18] Caroline, art. 117 et commentaire, Vogel, *Code criminel de l'empereur Charles V,* p. 169-171.

[19] Arrêt du Parlement de Toulouse, du 12 février 1536, La Roche-Flavin, *Arrêts notables,* Liv. II, Tit. 3, art. 1, p. 161 ; « Et pour ce que la mere étoit morte les os seroient décharnez & brûlez avec le fils ».

[20] Brillon, *Dictionnaire,* t. 3, p. 733, « Inceste ».

[21] Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles,* I, p. 204, n° 6.

[22] Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. 3, p. 566, n° 14.

discutée et discutable. Se référant au Lévitique, Boerius soutient que méritent la mort les incestes entre le beau-père et sa bru, entre le gendre et sa belle mère, entre un frère et sa belle-sœur. Mais Farinacius penche pour la clémence et une peine moindre, à l'arbitraire des juges. Plus audacieux, Julius Clarus considère qu'il n'y a point d'inceste entre deux personnes qui ne sont pas liées par le sang, mais seulement par l'alliance. Le Sénat de Milan n'a condamné de telles conjonctions qu'au fouet ou à une amende[23]. En France, le Parlement de Toulouse décida qu'un gendre et sa belle-mère seraient pendus, étranglés puis brûlés. « Les flâmes peuvent à peine expier un crime si énorme »[24]. Le sévère Muyart de Vouglans considère que l'inceste entre un beau-frère et une belle-sœur ne doit pas être puni aussi sévèrement « par la raison qu'il n'est pas contraire au Droit des Gens, & qu'il étoit même permis, comme on le sait, dans l'ancienne Loi d'épouser la veuve de Frere »[25]. Il tire l'argument des Ecritures et de la tradition lévirat. De plus, lorsque le mariage est permis avec dispense, le crime n'est jamais puni de mort, mais seulement de peines afflictives ou infamantes, voire d'une peine pécuniaire selon la proximité de parenté. Lorsque la parente est éloignée, la peine est laissée à l'arbitraire du juge. Une aumône et une pénitence devrait suffire à calmer le courroux divin.

Ceux qui contractent un mariage incestueux échappent à la peine de mort. Le sacrement les sauve. À cet égard, Jousse rappelle la sanction de la tradition romaine qui distinguait les personnes d'honnête condition, qui étaient bannies, et celles de condition vile qui étaient fouettées puis bannies. Il rejoint Farinacius pour considérer le mariage entre incestueux valable si les parties ignorent leur parenté. La minorité présume l'ignorance, a fortiori, lorsque le mariage a été consenti par les parents[26]. L'empêchement au mariage pour fait de parenté peut être levé par une dispense, facilement accordée lorsque le

[23] Auteurs cités par Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. 3, p. 566-568, n°19.

[24] La Roche-Flavin, *Arrêts notables*, Liv. II, Tit. 3, art. 3, p. 161 : « Jean Bosc... ayant femme & enfans, une nuit venant de la Ville, comme il dit ne trouvant point sa femme en la maison, étant échauffé du vin va trouver sa belle mere au lit étant assez âgée la connut charnellement, & de ses œuvres faite enceinte ». L'homme fut condamné à la pendaison par le premier juge, et la femme à l'amende honorable. La Cour condamna les deux au bûcher ; voir également, Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. 3, IV, p. 566, n° 13.

[25] Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, p. 508.

[26] Cité par Jousse, *Traité de la justice, criminelle*, t. 3, p. 570, n° 24.

degré de parenté est éloigné.

Les auteurs invitent à prendre en considération les circonstances afin d'atténuer la peine et d'éviter le châtiment suprême, ou au contraire de l'infliger lorsqu'il n'est pas prévu. Certaines circonstances rendent l'inceste plus criminel : tel est le cas lorsqu'il est joint à l'adultère et au viol. Menocchius punit alors l'adultère de mort. Farinacius n'envisage le châtiment suprême que pour l'inceste adultère commis en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au second degré[27]. Le viol incestueux est toujours puni de mort, même la tentative, qui n'est l'est pas dans le cas du viol simple[28]. La mort punira également les deux frères qui connaissent la même femme ou deux sœurs le même homme. D'autres circonstances justifient de mitiger la peine. Il est en ainsi si la parente ou alliée est de mauvaise vie. Quand la débauche ou la mauvaise conduite habituelle et notoire de la fille est avérée, la peine de mort est écartée sauf si l'inceste est commis en ligne directe.

L'ignorance de la parenté est une excuse qui permet de diminuer ou d'éviter la peine. Cependant, l'ignorance ne se présume point, car chacun est censé connaître sa parenté. Enfin, l'excuse de l'ivresse – qui altère la volonté – admise dans bien des méfaits, n'est pas reçue en cas d'inceste[29]. Muyart de Vouglans est d'avis de modérer la peine capitale lorsque l'inceste est commis entre un frère et une sœur illégitime. On infligera donc au maximum le fouet et le bannissement[30]. Si biologiquement, la relation demeure incestueuse, symboliquement, elle l'est un peu moins. Leur lien de famille est distendu par l'illégitimité de la filiation. La filiation légitime, issue du sacrement du mariage mérite une protection plus importante qu'une filiation naturelle. Farinacius réserve la peine capitale au seul cas du frère qui, par la relation incestueuse, aurait ôté la virginité à sa sœur[31].

---

[27] Cités par Jousse, *Traité de la justice, criminelle*, t. 3, p. 569, n° 19

[28] Chorier, *Jurisprudence de Guy Pape,* Liv. IV, sect. 8, art. IV, *Du rapt des Vierges,* p. 268.

[29] Chorier, *Jurisprudence de Guy Pape,* Liv. IV, sect. 8, art. IV, *Du rapt des Vierges,* p. 268.

[30] Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, p. 508.

[31] Cité par Jousse, *Traité de la justice, criminelle*, t. 3, p. 569, n° 14.

III. Le péché de chair entre un clerc et une laïque : l'inceste spirituel

Les ecclésiastiques, qui ont fait vœu de chasteté, peuvent être sujets aux tentations de la chair, et certaines d'entre elles sont assimilées à des incestes : il en est ainsi de la conjonction charnelle du confesseur avec sa pénitente, laïque, religieuse ou converse, du prêtre qui se marie ou de la religieuse qui se laisse abuser. Le crime est sacrilège et puni de mort[32]. « Qui a afaire avec moisnes, ou nonnais, ou autltres religieuses, est a punir du corps criminellement »[33]. Il relève du droit canon et du droit laïc. Dans l'inceste spirituel, sont sanctionnés l'abus de confiance envers les pénitentes ainsi que la violation du sacrement de la confession et des vœux ecclésiastiques. Pour sa pénitente, le confesseur est un père spirituel. Les auteurs n'osent imaginer la relation sexuelle avec un pénitent. Le crime d'une gravité et d'une abomination énorme relèverait alors de la sodomie, elle aussi punie de mort. Les incestueux violent l'affinité spirituelle : aussi la relation charnelle entre parrain ou marraine et filleul ou filleule est également considérée comme un inceste spirituel, quoique commis entre laïcs. Ainsi sont prohibées les unions et conjonctions charnelles entre parrain et marraine, et leurs filleuls et filleules ou leurs parents, ainsi qu'entre parrain et marraine entre eux. Elles relèvent plus des empêchements civils et de la pénitence canonique que du droit pénal.

Plutôt que de reconnaître un délit spécial dans l'inceste spirituel, Jousse préfère laïciser et banaliser l'incrimination : « il paroît plus convenable de mettre cette espèce de délit au nombre de ceux qui regardent le stupre »[34]. Le stupre et la fornication sont des relations vicieuses, expression d'une sexualité excessive et non contrôlée, honteuse et humiliante, un commerce dépravé, parfois tarifé, entre personnes non mariées, qui n'en méritent pas moins de graves sanctions. Le commerce du clerc avec une pénitente ne serait donc qu'un stupre aggravé par l'abus d'autorité.

Aux XVII[e] et XVIII[e] siècles, la peine de mort est encore infligée aux clercs incestueux. Le Parlement de Provence condamna Louis

---

[32] Damhouder, *La Practique et Enchiridion des causes criminelles*, chap. XCIII, D'inceste, p. 200.

[33] Jousse, *Traité de la justice criminelle,* t. 3, p. 571-572, n° 26 à 28.

[34] Jousse, *Traité de la justice criminelle,* t. 3, p. 570, n° 21 et 22.

Gauffridi à être brûlé vif le 30 avril 1611. Le 31 janvier 1660, le Parlement de Grenoble décida qu'un prêtre, au tempérament vif et inépuisable, serait pendu puis son cadavre brûlé, « pour avoir abusé du Sacrement de Confession, & pris plusieurs libertés avec plus de cent femmes pendant qu'il les confessoit » ! Le *Journal du Palais* rapporte la même peine pour un autre prêtre, directeur de conscience de religieuses (arrêt du Parlement de Paris, 22 juin 1673). Les couvents du Grand Siècle semblent encore emportés de frénésie, de stupre et de sorcellerie. En 1634 déjà, les aveux des possédées de Loudun envoyèrent sur le bûcher leur confesseur, séducteur et sorcier, Urbain Grandier[35]. Le 21 décembre 1693, le Conseil d'Artois punit de l'amende honorable et du bannissement perpétuel, le curé Nicolas Beugnet, « pour inceste spirituel par lui commis avec une de ses Paroissiennes sa pénitente, & pour avoir fait faire des actes faux sur un Registre de Baptême ». Outre la relation charnelle, le curé avec probablement inscrit une paternité fictive pour l'enfant, fruit de son péché. Le bannissement étant la sanction des contumaces, on peut présumer que les amants avaient pris la fuite.

En 1698, le curé de Seurre, dans le diocèse de Besançon, séducteur de plusieurs paroissiennes et pénitentes, profanateur du sacrement et quiétiste aux « discours impies et scandaleux » fut condamné à l'amende honorable devant l'église Notre-Dame de Dijon et celle de Seurre, à l'amende de 1000 livres envers le Roi et à 500 livres d'aumône pour l'Hôpital de Seurre, et enfin au bûcher, son corps réduit en cendres et icelles jettées au vent »… Les peines sont très sévères. Elle le sont d'autant plus, qu'elles furent prononcées par contumace [36] : « l'execution sera faite en figure » ! Le 18 juillet 1724, le Parlement de Paris condamne le curé de Beaugé à être pendu après avoir fait amende honorable, parce qu'il avait séduit une paroissienne. Avant de mourir, il demandera solennellement pardon à Dieu, aux

[35] Urbain Grandier n'est pas condamné pour inceste spirituel, mais pour magie et sorcellerie, mais l'affaire illustre bien le climat d'hystérie collective dans les milieux monastiques (*Arrest de condemnation à mort contre Maistre Urbrain Grandier….,* chez Estienne Hébert et Jacques Poullard, Paris, 1634.

[36] *Arrest de la Cour de Parlement contre M° Philibert Robert*..., 13 août 1698 (factum de la Bibl. Mun. de Besançon, 61 343). Jousse mentionne l'affaire, mais oublie de préciser que la condamnation est par défaut (contumace), le coupable ayant pris la fuite (Jousse, *Traité de la justice criminelle,* t. 3, p. 572, n° 27). Il se trompe également sur le lieu de l'amende honorable : l'arrêt du parlement de Dijon mentionne l'église de Notre-Dame de la ville et non pas Notre-Dame de Paris.

hommes et au roi de son méfait. Le 11 janvier 1735, le Parlement de Toulouse décide qu'un prêtre aura la tête tranchée pour avoir commis l'inceste avec une religieuse. Cependant, certains échappèrent à la peine capitale, comme Lenormand, curé de l'église Saint-Sauveur de Péronne qui, convaincu de commerce charnel avec une religieuse, sa pénitente, ne fut sanctionné que d'un bannissement de neuf ans, le 12 juin 1707[37]. Cette clémence pourrait s'expliquer par quelques circonstances atténuantes que certains auteurs acceptent de recevoir. Muyart de Vouglans propose de substituer une peine afflictive ou infamante à la peine de mort, si le coupable n'est pas le confesseur ordinaire de sa pénitente, et si la séduction n'a pas été faite pendant le temps de la confession[38]. La pénitente fautive est moins sévèrement punie selon les circonstances et, dit Jousse, « quelquefois même on ne la punit point, lorsqu'il paroît une entière séduction de la part du Confesseur »[39].

IV. L'inceste : du secret des familles à la dignité de l'enfant

Il est du devoir des juristes de révéler toute la science et la pratique du droit sur un cas aussi douloureux que celui de l'inceste. Si l'abondance et la subtilité des explications séduisent, elles ne doivent pas faire illusion. Dans les sociétés traditionnelles l'inceste est rarement puni. D'ailleurs, il n'est pas si grave… tant qu'il se passe en famille ! L'expression semble choquante et absurde, elle ne l'est pas. À l'époque où la vie familiale est promiscuité – il n'est pas rare de dormir sur la même couche – un égarement des sens est si vite arrivé. La sexualité déviante est matière à scandale et c'est bien ce scandale qu'il faut éviter. Le scandale, c'est la publicité, donc la poursuite par la justice du roi. Et là, les ennuis commencent. Pour la paix des familles, il vaut mieux cacher ce sexe que l'on ne saurait voir et concevoir. Un arrangement discret et secret est préférable au procès public et déshonorant. Que fera-t-on de la fille ainsi salie par le viol et l'inceste ? Elle aura perdu son capital sexuel (sa virginité) et social (sa réputation). Qui voudra l'épouser ? N'est-elle d'ailleurs pas un peu

[37] Jousse, *Traité de la justice criminelle,* t. 3, p. 572, n° 27.

[38] Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, p. 509.

[39] Jousse, *Traité de la justice criminelle,* t. 3, p. 572, n° 28.

coupable d'avoir séduit ou de s'être laissée séduire par l'homme de la famille ? Les préjugés de la domination masculine ont la vie dure. Il est donc plus sage d'étouffer l'affaire, d'éloigner la fille, *a fortiori,* si elle est enceinte et de lui trouver un mari au plus vite. À défaut d'avoir pu sauver la fille, il faut sauver l'honneur de la famille. La sensibilité contemporaine peine à comprendre les réflexes d'une société holiste où l'individu n'existe pas sans le groupe, sa cohésion, sa solidarité, ses secrets. Notre droit a consacré les droits de l'individu et sa dignité, opposables à tous, même aux siens. L'inceste ne peut plus être accepté ou étouffé. Il est d'ailleurs le dernier tabou, avec la pédophilie, d'une société qui a libéré le sexe.

Le droit pénal issu de la Révolution préféra ignorer l'inceste, charnel ou spirituel. Le crime sentait trop la religion et ses interdits de parenté. La raison éclairée devait l'oublier. L'amour est consentement et affaire privée. La relation incestueuse concernait plus le droit civil (des empêchements au mariage, très allégés) que le droit pénal nouveau qui cependant ne l'ignora pas. Ni le code pénal de 1791, ni celui de 1810 ne mentionnèrent le terme d'inceste, qui ne fut pas incriminé en tant que tel, contrairement aux codes de Prusse ou d'Autriche[40]. Le code de 1791 ignore totalement la relation incestueuse. Le code napoléonien mentionne la circonstance de l'autorité sur la victime aggravant la pénalité du viol et des attentats à la pudeur, commis avec ou sans violence[41]. L'article 333 frappe les coupables de la peine des travaux forcés à temps ou à perpétuité. Ainsi, sans le dire, pouvait être appréhendée la relation incestueuse. La réforme du code, inscrite dans la loi du 28 avril 1832, vint ajouter précisément les ascendants afin de sanctionner la relation sexuelle entre un père et une fille majeure, ce que ne permettait pas le code de 1810[42]. Le rédacteur du code de 1994, malgré son inspiration post

[40] Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 1852, III, p. 182.

[41] Art. 330 du code pénal (version de 1810) : « La peine sera celle des travaux forcés à perpétuité, si les coupables sont de la classe de ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou s'ils sont fonctionnaires publics, ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes . »

[42] Un arrêt de la Cour de cassation, chambres réunies, du 6 décembre 1828, avait en effet refusé d'incriminer une telle relation, le père n'ayant plus autorité sur sa fille majeure (*Journal du droit criminel*, 1829, p. 42). La loi de 1832 ajoute, en début de l'article 333 : « Si les coupables sont les ascendants de la personne sur

moderne et scientifique, demeura fidèle à la tradition neutraliste, mentionnant la circonstance de l'autorité parentale (art. L. 222-31, agression sexuelle) ou la circonstance de l'ascendance (L. 222-24-4°, viol)**.** L'inceste relève de l'anthropologie, de la psychologie, mais pas du droit. La qualification du code de 1810, revue en 1832 et admise en 1994, devait suffire à condamner les parents incestueux. Le juriste reconnaissait l'inceste sans le dire, comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir.

Mais l'enfant, roi de la société post-moderne, vint perturber cette pudeur juridique. L'enfant a droit à tous les égards, même symboliques, et à tous les droits. Et si le symbole fait défaut, il faut le consacrer, la société ne pouvant vivre sans symbole, bien qu'elle passe son temps à les détruire : le mariage étant pour tous et l'inceste pour personne, il fallait réparer la neutralité de l'incrimination et instaurer une discrimination ! Va donc pour l'inceste ! La famille n'a plus de secret et l'État tutélaire veille à protéger la dignité de la personne. 20% des affaires jugées aux assises sont relatives à des incestes. Soumis à la pression de la reconnaissance victimaire, le législateur ne put résister à introduire l'inceste dans le code pénal, ce qu'il fit en deux épisodes. Le premier fut la loi du 8 février 2010 qui créa un paragraphe 3, « De l'inceste contre les mineurs », dans la section consacrée aux agressions sexuelles[43]. Saisi d'une question prioritaire de constitutionalité, le Conseil constitutionnel invalida l'article 222-31-1, le législateur n'ayant pas précisément désigné les personnes devant être regardées comme membres de la famille, rendant ainsi l'incrimination imprécise[44]. L'article et les autres incriminations de l'inceste (art. 227-27-2-1 et 227-27-3) furent réécrits et réintroduits dans le code, par la loi du 14 mars 2016[45]. Prudent, le

---

laquelle a été commis l'attentat ».

[43] Chap. II : *Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne* ; Titre II *: Des atteintes à la personne humaine* ; Livre II : *Des crimes et délits contre les personnes*.

[44] Décision 2011-163 QPC du 16 septembre 2016 ; http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011-163-qpc/decision-n-2011-163-qpc-du-16-septembre-2011.99681.html

[45] Art. 227-27-2-1 C. pén. : « Les infractions définies aux articles 227-25 à 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes

législateur mentionne seulement l'inceste dans le titre du paragraphe, se contentant d'évoquer des viols et agressions sexuelles incestueux… comme s'il craignait de répéter le mot maudit. Ce retour de l'inceste a de quoi retourner dans leurs tombes nos vénérables ancêtres qui voulaient éloigner Dieu et ces crimes des peines terrestres. Mais Dieu étant mort, tué par Nietzsche en 1880, et remplacé par les Valeurs, le nouvel ordre moral de la sexualité libérée avait besoin d'un surcroît de sacralité laïque et de compassion solidaire : l'inceste rejoignait la pédophilie au rang des nouveaux totems du sexe post-moderne. Le progressisme sociétal est fait d'avancées, mais certaines ressemblent fort à des reculs. Seul le mécontemporain en a conscience, parce qu'il n'a pas oublié le passé, l'histoire des mots et de leur sens... passé et dépassé. Mais comme l'inceste a été désacralisé et laïcisé et le passé oublié, ce n'est pas grave[46].

---

mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait ». ; Art. 227-27-3 : « Lorsque l'atteinte sexuelle incestueuse est commise par une personne titulaire de l'autorité parentale sur le mineur, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du code civil. / Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et sœurs mineurs de la victime. / Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés ».

[46] Pour un aperçu de l'évolution des crimes et délits sexuels, v. R. Bueb, « La pénalisation des mœurs : de l'attentat aux mœurs au crime sexuel », in Y. Jeanclos (dir.), *La dimension historique de la peine, 1810-2010*, *Actes du colloque du bicentenaire du Code pénal, Strasbourg*, 2010, Paris, Economica, 2013, p. 345-385.