

l'acte de mariage assure l'état des enfants légitimes; la loi n'ouvre qu'une seule action contre eux, le désaveu, et elle la soumet à tant de restrictions, toutes favorables à la légitimité, que l'on peut dire que l'état de l'enfant né dans le mariage est presque toujours à l'abri de toute contestation. Les droits de l'enfant naturel sont aussi bien moindres que ceux de l'enfant légitime. Cela se conçoit. A moins de mettre le concubinage sur la même ligne que le mariage, comme l'avait fait le législateur révolutionnaire, il fallait établir une différence sensible entre les droits pécuniaires des enfants légitimes et ceux des enfants naturels.

La loi donne cependant un moyen aux père et mère de l'enfant naturel de l'assimiler aux enfants légitimes, c'est de couvrir leur faute par le mariage. Ils mettront fin à une vie de désordre, et ils feront entrer les enfants dans le sein de leur famille. La loi n'exige qu'une condition, c'est que les enfants soient reconnus avant le mariage. Cela exclut les enfants adultérins et incestueux. Pour l'adultère, nous comprenons la rigueur de la loi; c'est une tache que le mariage ne saurait effacer; mais l'inceste n'est pas un crime, et quand le mariage a lieu en vertu d'une dispense, la souillure de l'inceste disparaît; pourquoi la dispense ne profiterait-elle pas aux enfants déjà nés, comme elle profite aux enfants à naître? On dirait que le législateur est à la recherche de défaveurs dont il veut frapper des relations coupables, sans doute, mais le mariage ne devrait-il pas racheter toutes les fautes? Le législateur sacrifie les droits des enfants, malgré le mariage de leurs parents, à une défiance exagérée. Il ne veut pas que la reconnaissance pendant le mariage légitime les enfants; il ne veut pas même que cette reconnaissance produise les effets ordinaires au préjudice du conjoint ou des enfants légitimes (art. 331 et 337). Certes il peut y avoir fraude, mais pourquoi la présumer? Ne suffisait-il pas d'ouvrir une action au profit de ceux qui ont intérêt à attaquer la légitimation? Et si l'on prend en considération les droits du conjoint et des enfants légitimes, ne faut-il pas tenir compte aussi des droits de l'enfant naturel?

CHAPITRE II.

DE LA FILIATION PATERNELLE.

SECTION I. — De l'enfant conçu pendant le mariage.

363. « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (art. 312). » Cette présomption peut être combattue par le désaveu du mari de la mère. La présomption suppose la cohabitation des époux, elle doit donc céder devant la preuve que les époux n'ont pas cohabité, à raison d'une impossibilité physique ou morale. Pour ne rien laisser à l'arbitraire, la loi définit d'une manière précise l'impossibilité physique et l'impossibilité morale. Le but que la loi a en vue prouve qu'elle est limitative; elle doit donc être interprétée d'une manière restrictive. Ce principe d'interprétation résulte encore de la nature exceptionnelle du désaveu. Quand l'enfant est conçu pendant le mariage, il a pour lui la plus forte des présomptions; donc, en général, il ne peut pas être désavoué. Les cas où il peut l'être sont de rares exceptions, et, à ce titre, de rigoureuse interprétation. Enfin la faveur dont la loi entoure la légitimité nous conduit à la même conséquence. Le législateur favorise la légitimité, par cela même il ne peut pas être favorable à l'action en désaveu. Ici l'on peut donc et l'on doit appliquer le vieil adage, *odiosa restringenda*. On abuse de cette maxime, et nous ne voudrions pas la poser comme règle. C'est faire injure au législateur que de qualifier ses dispositions d'*odieuses*; on doit toujours supposer qu'il a de bonnes raisons pour justifier sa rigueur. Dans l'espèce, le droit du mari mérite, en principe, autant de faveur que le droit de l'enfant. Reste à savoir lequel doit l'emporter quand ils sont en conflit. Eh bien, nous avons prouvé que le législateur veut avant tout

assurer l'état des personnes, en maintenant leur légitimité. Donc, en cas de doute, le droit de l'enfant doit l'emporter sur celui du mari.

§ 1^{er}. De l'impossibilité physique de cohabiter.

NO 1. DE L'ÉLOIGNEMENT.

364. Le mari prouve qu'il était, par cause d'éloignement, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant. Dans ce cas, il peut désavouer l'enfant. En effet, d'après les présomptions que la loi établit sur la durée de la grossesse, il est impossible que le mari soit le père de cet enfant. La grossesse peut durer cent quatre-vingts jours, elle peut durer trois cents jours, elle peut durer cent quatre-vingts à trois cents jours; la conception peut donc avoir eu lieu dans l'intervalle qui sépare le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant. Si pendant tout le temps où la conception a été possible, le mari n'a pu cohabiter avec sa femme, il est prouvé, par cela même, que cet enfant ne lui appartient pas (art. 312). L'on voit ici un exemple frappant de la faveur que la loi témoigne à la légitimité. Un enfant naît avec une conformation telle, qu'il est certain que sa naissance est précoce; il aura été conçu dans le septième mois qui précède l'accouchement. Suffira-t-il que le mari prouve son éloignement pendant ce septième mois? Non; l'enfant invoquera contre lui la présomption qui admet un terme de dix mois pour la durée de la grossesse; si donc le mari habitait avec sa femme dans le dixième mois avant la naissance de l'enfant, il ne pourra pas le désavouer, bien qu'il soit certain que la naissance, loin d'être tardive, est, au contraire, précoce. L'enfant peut donc, selon son intérêt, invoquer la présomption de la plus courte ou de la plus longue grossesse, à son choix. Il est évident que la réalité peut se trouver en opposition avec la présomp-

tion; la légitimité reposera sur une fiction; il suffit d'une fiction pour que la loi s'en empare en faveur de la légitimité. Elle repousse toute preuve contraire. Nous en avons dit les raisons.

365. Quels doivent être les caractères de l'éloignement? La loi, dit-on, ne les détermine pas; d'où l'on conclut que c'est une question de fait (1). Cela n'est pas tout à fait exact. L'article 312 dit que le mari doit prouver que, par cause d'éloignement, il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Donc l'éloignement doit être tel, qu'il en résulte une impossibilité physique de cohabitation. Voilà bien la définition de l'éloignement et c'est la loi qui la donne. Après cela vient la question de savoir si l'éloignement a été tel, qu'il a produit une impossibilité physique de cohabiter: ce point est certes de fait, mais les tribunaux, en le décidant, ne doivent pas oublier que l'impossibilité de cohabiter doit être physique, c'est-à-dire absolue, en ce sens du moins « qu'il ne reste aucun doute sur ce qu'il ne peut y avoir eu de rapprochement. » Ce sont les expressions de Bigot-Préameneu (2). Le tribun Duveyrier est encore plus explicite et plus restrictif. « Il faut, dit-il, que l'absence soit constante, continue, et de telle nature que, dans l'intervalle de temps donné à la possibilité de la conception, *l'esprit humain ne puisse concevoir la possibilité d'un seul instant de réunion entre les deux époux* (3). » C'est cette impossibilité absolue que les tribunaux auront à constater en fait: il faut qu'ils déclarent, ainsi que Duveyrier s'exprime, « qu'au moment de la conception, toute réunion, même momentanée, entre les époux, ait été physiquement impossible. »

Il ne suffirait donc pas, comme Demante l'enseigne, de prouver par témoins que les deux époux ont constamment résidé à une certaine distance l'un de l'autre. Ce ne serait là qu'une probabilité, ce ne serait certes pas la preuve d'une impossibilité de cohabiter. La cour de Bourges l'a jugé ainsi, dans une espèce où le mari résidait habituel-

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 50, n° 39 bis I.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 3 (Loché, t. III, p. 86)

(3) Duveyrier, *Discours*, n° 13 (Loché, t. III, p. 125).

lement loin du domicile conjugal ; mais, dit l'arrêt, « tels n'étaient ni l'éloignement ni les empêchements ou difficultés matériels d'aucun genre, qu'on en doive nécessairement inférer l'impossibilité d'un rapprochement fortuit entre les époux et d'une cohabitation accidentelle (1). »

C'est au juge de décider s'il y a eu impossibilité absolue de cohabiter. Si l'explication que Duveyrier donne de l'éloignement avait été insérée dans le code, il en faudrait induire que, dans l'état actuel des communications, le rapprochement des époux pendant le temps de la conception étant presque toujours dans l'ordre des choses possibles, il n'y aurait presque jamais lieu à désaveu (2). Le mari habite l'Algérie, la femme réside à Paris. Y a-t-il, à raison du fait seul de l'éloignement, impossibilité de cohabiter ? Non, certes. Cependant la cour d'Alger a admis le désaveu. C'est qu'il était prouvé que le mari n'avait pas quitté Alger, ni la femme Paris. Dès lors il y avait impossibilité absolue, dans le sens de la loi (3). Par contre, il a été jugé que si le mari habite l'Espagne, tandis que la femme réside en France, il n'y a pas là un éloignement qui empêche le rapprochement accidentel des époux (4). Ajoutons que dès qu'il y a doute, il doit s'interpréter en faveur de l'enfant.

366. On demande si la prison qui sépare deux époux peut être assimilée à l'éloignement dans le sens légal. Duveyrier a prévu la difficulté dans son discours devant le Corps législatif, et voici ce qu'il répond : « Il est clair que la prison c'est l'absence elle-même, pourvu que l'absence ait été tellement exacte et continuelle, qu'au temps de la conception la réunion d'un seul instant fût physiquement impossible(5). » Ces paroles sont considérables ; elles confirment ce que nous venons de dire du caractère de l'éloignement : le mari doit donc prouver l'impossibilité absolue d'un rapprochement, par suite de la reclusion. La

(1) Arrêt de Bourges du 6 juillet 1868 (Daloz, 1868, 2, 180).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 30, n° 30.

(3) Arrêt d'Alger du 12 novembre 1866 (Daloz, 1867, 2, 127).

(4) Arrêt de Paris du 9 août 1813 (Daloz, au mot *Paternité*, n° 135).

(5) Duveyrier, *Discours*, n° 13 (Loché, t. III, p. 125).

jurisprudence est en ce sens (1). Nous citerons un cas remarquable qui s'est présenté devant la cour de Paris. Le mari est incarcéré sous prévention de crime ; dix mois et dix-sept jours après son emprisonnement, sa femme accouche d'un enfant qui est inscrit comme enfant naturel. Sur l'action en désaveu intentée par le mari, le tribunal de première instance décide qu'il n'y avait pas eu impossibilité physique de cohabitation entre les époux, attendu que pendant son incarcération le mari avait communiqué avec sa femme. Appel du mari qui demande à prouver qu'il a quitté, à la vérité, momentanément sa prison pour aller à son établissement et donner des renseignements nécessaires à son commerce, mais qu'il a été accompagné constamment de deux dragons qui l'ont gardé à vue pendant toute la durée de la visite, en présence d'un domestique de sa femme et d'un ouvrier de la maison. La cour admit le mari à cette preuve (2).

Cela décide la question en ce qui concerne la captivité des prisonniers de guerre. La captivité n'est pas une prison ; ce n'est donc pas à raison de la détention qu'il peut y avoir éloignement ; par suite, il n'y a pas lieu à désaveu, à moins que l'éloignement n'ait été tel, qu'il a empêché tout rapprochement entre les époux. Ainsi jugé par les cours de Paris et de Rouen (3).

N° 2. DE L'IMPUISSANCE ACCIDENTELLE.

367. Aux termes de l'article 313, « le mari ne peut, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant. » Pourquoi la loi ne permet-elle pas au mari d'alléguer son impuissance naturelle ? Au premier abord, il semble que c'est là une cause péremptoire de désaveu, puisqu'il y a impossibilité absolue de cohabitation. Aussi l'impuissance était-elle admise dans l'ancien droit. Mais la preuve en était tout ensemble scandaleuse et incertaine. Bigot-

(1) Voyez les arrêts rapportés dans Daloz, au mot *Paternité*, n° 34, 1°

(2) Arrêt du 5 mars 1853 (Daloz, 1853, 2, 165).

(3) Arrêts de Rouen du 6 juin 1820 et de Paris du 19 juin 1826 (Daloz, au mot *Paternité*, n° 104 et 34, 3°).

Préameneu constate le fait dans l'Exposé des motifs. « Les gens de l'art, dit-il, n'ont aucun moyen de pénétrer ce mystère ; et tel mari dont le mariage a été dissous pour cause d'impuissance, a obtenu d'un autre mariage une nombreuse postérité (1). » La prohibition de l'article 313 a encore un autre fondement. Il y a un vieil adage d'après lequel on n'est pas écouté en justice quand on allègue sa propre turpitude. La maxime est vague et beaucoup trop absolue ; elle doit être limitée au cas où le demandeur invoquerait sa honte, c'est-à-dire sa faute, pour y appuyer une prétention qui concerne uniquement son intérêt. Quand il y a un intérêt général en cause, la loi permet d'invoquer sa turpitude comme base de l'action. Ainsi l'époux coupable de bigamie ou d'inceste est admis à demander de ce chef la nullité de son mariage, parce que la nullité est d'intérêt public. Mais quand la demande est d'intérêt privé, on peut dire à celui qui la fonde sur sa faute que c'est à lui de supporter les conséquences de sa honte, de même qu'en général nous devons subir le dommage qui nous arrive par notre imprudence ou notre négligence. Duveyrier applique ce principe à l'époux qui, connaissant son impuissance, se marie. Il s'indigne contre le cynisme impudent d'un homme qui révélerait sa propre turpitude pour déshonorer sa compagne qui est sa victime ; il flétrit la fourberie de cet homme impuissant qui a promis une paternité à la société et à son conjoint. Que ce monstre dévore sa honte, s'écrie-t-il, mais qu'il n'en fasse pas retomber les effets sur la femme qu'il a trompée, sur l'enfant qui ne lui doit pas le jour, mais qui lui appartiendra de droit, parce qu'il a eu la frauduleuse audace de s'engager dans les liens d'un contrat dont il était incapable de remplir l'objet (2) !

368. L'article 312 permet au mari de désavouer l'enfant s'il prouve que, pendant le temps de la conception, il était, par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. C'est ce qu'on

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 4 (Loché, t. III, p. 86).

(2) Duveyrier, Discours, n° 14 (Loché, t. III, p. 126).

appelle l'impuissance accidentelle. La loi ne spécifie pas et elle n'a pas pu spécifier les événements qui produisent cette impuissance, tels que la mutilation ou une blessure grave ; cependant le mot *accident* paraît indiquer un mal venu du dehors, et exclure par conséquent la maladie dont le principe serait interne. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la loi veut que l'impossibilité de cohabitation soit absolue, en ce sens du moins qu'elle ne laisse aucun doute ; telle n'est certes pas une maladie interne, quelque longue qu'on la suppose (1). La discussion qui eut lieu au conseil d'Etat ne laisse, à notre avis, aucun doute sur la question. Le projet présenté par la section de législation portait : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. La loi n'admet contre cette paternité ni l'exception d'adultère de la femme, ni l'allégation d'impuissance naturelle ou accidentelle du mari. » Au conseil d'Etat, cette disposition fut critiquée comme trop absolue. Sans doute, dit Maleville, le mariage forme une présomption de paternité, mais c'est une présomption qui n'exclut pas la preuve contraire ; seulement la faveur des enfants et le repos des familles doivent rendre le législateur très-difficile sur l'admission de ces preuves. Ainsi la dernière jurisprudence a peut-être sagement rejeté l'allégation de l'impuissance pour cause de maladie, parce qu'on a vu des exemples si extraordinaires qu'ils ne laissent pas de base certaine pour asseoir un jugement. Mais, continue Maleville, il est une espèce d'impuissance accidentelle survenue depuis le mariage, soit dans les combats, soit par toute autre cause, laquelle ne peut pas laisser le moindre doute. Le premier consul parla dans le même sens. « L'impuissance accidentelle, dit-il, est un *fait physique, sur lequel on ne peut se tromper.* » Sur ces observations, l'impuissance accidentelle fut admise comme cause de désaveu (2). Lors de la seconde discussion, Berlier remarqua que les mots *impuissance accidentelle* n'exprimaient pas assez clairement l'idée que l'on voulait rendre. Béranger fut du même

(1) Duranton, t. III, p. 40, n° 42. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 299 et note 29.

(2) Séance du 14 brumaire an x, n° 5 (Loché, t. III, p. 21 et suiv.).

avis : le mot *accidentelle*, dit-il, signifierait une impuissance quelconque ; il proposa de dire l'impuissance *survenue*. Tronchet, tout en abondant dans cette manière de voir, trouva que la rédaction n'était pas encore assez claire. La loi, dit-il, doit s'expliquer de manière à faire comprendre qu'elle veut parler d'une impuissance *évidente et matérielle, et non de celle qui pourrait être la suite d'une maladie*. Tronchet proposa d'ajouter aux mots *impuissance accidentelle*, ceux-ci : *qui produise l'impossibilité physique et durable d'avoir des enfants*. Cet amendement fut adopté, et il passa dans le texte définitif avec un léger changement de rédaction (1). Bigot-Préameneu reproduit la substance de cette discussion. On lit dans l'Exposé des motifs (n° 4) : « La loi n'a dû admettre contre la présomption de paternité résultant du mariage, que les accidents qui rendent physiquement impossible la cohabitation. Elle a aussi prévenu tous ces procès scandaleux ayant pour prétexte des infirmités plus ou moins graves, ou des accidents dont les gens de l'art ne peuvent tirer que des conjectures trompeuses. »

Toutefois nous devons ajouter que Duveyrier, l'orateur du Tribunal, donne une interprétation plus large à la loi : « Il serait déraisonnable, dit-il, de vouloir détailler les espèces, les cas, les accidents qui peuvent produire l'impuissance accidentelle, soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation, d'une *maladie grave et longue*. Il suffit de savoir que la cause doit être telle, et tellement prouvée que, dans l'intervalle du temps présumé de la conception, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père (2). » L'opinion de Duveyrier a entraîné plusieurs auteurs (3). Il nous semble que le conseil d'État l'a bien positivement rejetée. Sans doute, il se peut que la maladie empêche le mari de cohabiter avec sa femme ; il se peut donc que l'interprétation restrictive que nous donnons à la loi soit en opposition avec la réalité, et

(1) Séance du 12 frimaire an x, n° 3 (Loché, t. III, p. 67).

(2) Duveyrier, Discours, n° 14 (Loché, t. III, p. 125).

(3) Toullier, t. II, n° 810 ; Proudhon, t. II, p. 28 ; Demolombe, t. V, p. 33, n° 32.

attribue au mari une paternité qui lui est étrangère. Mais rappelons-nous que le législateur veut l'évidence pour permettre au mari de répudier un enfant. Le premier consul a proclamé ce principe d'une manière énergique. « Il n'y a jamais d'intérêt, dit-il, à priver un malheureux enfant de son état ; il n'y en a qu'à forcer ses père et mère à le reconnaître. » Les légistes du conseil d'État partageaient cette manière de voir. Le doute, dit Boulay, s'interprète en faveur de l'enfant (1).

369. On demande si l'impuissance accidentelle est une cause de désaveu quand elle est antérieure au mariage. Les auteurs sont divisés (2). Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Le texte laisse la question indécise, le mot *accident* pouvant s'entendre d'une cause qui précède le mariage aussi bien que d'une cause postérieure. Il faut donc recourir à l'esprit de la loi. Nous venons d'assister à la discussion du conseil d'État ; tous ceux qui y ont pris part supposent que l'accident est survenu pendant le mariage. Cette supposition n'est pas encore une raison de décider ; mais rappelons-nous le motif pour lequel le législateur défend au mari d'alléguer son impuissance naturelle, alors même qu'elle pourrait être constatée : il n'est pas admis à invoquer sa faute pour en faire tomber la responsabilité sur la femme et sur l'enfant auquel elle a donné le jour. Cela décide la question. La faute du mari est la même, que l'impuissance soit accidentelle ou naturelle : elle est même plus grande, en cas d'accident, parce qu'il est impossible qu'il l'ignore, au moins dans l'opinion qui rejette la maladie interne comme cause de désaveu.

§ II. De l'impossibilité morale de cohabiter.

370. Dans l'ancien droit, la question de savoir si l'impossibilité morale de cohabitation autorisait le désaveu

(1) Séance du 14 brumaire an x, n° 8 et 4 (Loché, t. III, p. 22 et 20).

(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 40. Il faut y ajouter Marcadé (t. II, p. 3, art. 312, n° II) pour l'opinion que nous enseignons, et Demante contre (t. II, p. 52, n° 39 bis III).