

à ce dernier, par bravade et défi; elle admit le désaveu, et sa décision fut confirmée par la cour de cassation (1). Au point de vue moral, il faut certes applaudir à l'arrêt de la cour suprême. Mais est-il en harmonie avec la rigueur des principes? Nous en doutons. Le texte exige que la *naissance* ait été cachée et, dans l'espèce, la grossesse était connue du mari deux mois avant l'accouchement. Quant à l'esprit de la loi, il demande, ce sont les expressions de Duveyrier, « que la grossesse, l'accouchement et la naissance aient été cachés au mari. » Dans l'espèce, on était donc hors du texte et hors de l'esprit de la loi. N'était-ce pas le cas d'interpréter le doute qui résulte de la lacune de la loi en faveur de l'enfant? On objecte que c'est permettre à la femme d'empêcher le désaveu, en aggravant sa faute par la publicité douloureuse qu'elle lui donne. Cela est très-vrai; mais la doctrine consacrée par la cour de cassation n'empêchera pas cette fraude à la loi. La femme n'a qu'à déclarer sa grossesse au mari; quand même elle le ferait par bravade et défi, quand même elle le ferait pour rendre le désaveu impossible, le mari n'aurait pas le droit de désavouer l'enfant. Pourquoi? Parce qu'il n'y a point de texte. En définitive, il y a lacune. Le législateur a supposé une femme qui par un aveu tacite rend témoignage contre l'enfant; et le juge se trouve en présence d'une femme déhontée qui proclame ses désordres. C'est un cas tout différent de celui que la loi a prévu. Cela décide la question en faveur de l'enfant (2).

Comment se fait la preuve que la naissance a été cachée au mari? C'est une question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge. Toutefois il y a un point qui est de droit: c'est que la naissance doit avoir été cachée par la femme; car il s'agit d'un aveu, et l'aveu ne peut émaner que du coupable. Il a été jugé à plusieurs reprises que l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil, sous de faux noms ou comme né de père inconnu, suffit pour que le mari soit admis à la preuve de l'impossibilité morale de

(1) Arrêt du 7 janvier 1850 (Daloz, 1850, 1, 5).

(2) Il y a un arrêt de Bourges en ce sens, du 6 juillet 1868 (Daloz, 1868, 2, 189).

cohabiter (1). On ne peut admettre cette jurisprudence qu'avec une réserve: c'est que la fausse déclaration ait été faite au su de la mère et par sa volonté. Ici encore nous voyons que l'aveu de la vérité, c'est-à-dire la déclaration faite au nom de la mère qu'elle est accouchée, ne permet pas au mari de désavouer l'enfant, quand même la mère déclarerait que l'enfant est adultérin. C'est que la loi ne permet pas à la mère d'enlever à son enfant le bénéfice de la présomption de légitimité. Si elle admet l'aveu tacite, c'est parce que ce cri involontaire de la conscience témoigne contre la mère et non contre l'enfant.

373. La troisième condition exigée par l'article 312 est la preuve de l'impossibilité morale ou, comme dit la loi, des faits propres à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant. Question essentiellement de fait. Il a été jugé plusieurs fois que si l'enfant est conçu pendant la procédure en divorce, l'animosité qui divise les époux, la haine qui éclate dans tous leurs actes rendaient tout rapprochement moralement impossible (2). Cette impossibilité morale à elle seule ne suffirait pas pour autoriser le désaveu; nous en avons dit la raison. Mais quand la probabilité morale est fortifiée par la preuve de l'adultère, par la preuve que la femme a caché la naissance de l'enfant à son mari, alors elle prend la forme d'une certitude, devant laquelle la présomption de paternité doit céder.

374. On demande si, pour être admis à la preuve de l'impossibilité morale, le mari doit faire la preuve préalable d'abord de l'adultère, ensuite du fait que la naissance lui a été cachée. Il y a sur cette question une espèce de conflit entre la doctrine et la jurisprudence; mais les auteurs, de leur côté, ne s'accordent pas entre eux. A première vue, le texte semble décider la difficulté; il porte que « le mari ne pourra désavouer l'enfant même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits

(1) Voyez les arrêts dans Daloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, nos 45 et 59.

(2) Arrêts de Paris du 4 décembre 1820 et du 29 juillet 1826 (Daloz, au mot *Paternité*, nos 59 et 45).

propres à justifier qu'il n'en est pas le père. » Les mots *auquel cas il sera admis* semblent indiquer que le mari ne sera reçu à faire la preuve de l'impossibilité morale que sous certaines conditions, c'est-à-dire si l'adultère est prouvé ainsi que la dissimulation de la grossesse et de l'accouchement; d'où suivrait que l'on peut opposer au mari une fin de non-recevoir, tant qu'il n'a pas rempli ces conditions. Le Tribunal paraît avoir entendu l'article 313 en ce sens; il dit dans ses Observations: « On pense que pour être admis à la preuve, il ne suffit pas qu'il y ait adultère de la part de la femme, il faut de plus que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari (1). » Bigot-Préameneu suppose aussi que la femme a été condamnée pour adultère; si de plus elle cache à son mari la naissance de l'enfant, l'enfant, quoique repoussé de la famille et par la mère et par le mari, peut toujours invoquer la présomption de paternité, mais dans ce cas le mari pourra faire la preuve contraire, celle de l'impossibilité morale de cohabiter (2). Duveyrier abonde dans cette opinion. « Il faut, dit-il, que l'adultère soit constant, et il ne peut l'être que par un jugement public; il faut que la femme ait caché à son mari la naissance de l'enfant adultérin. Et ces deux conditions remplies, il faut encore que le mari présente la preuve des faits propres à justifier qu'un autre est le père de l'enfant (3). »

Merlin soutint ce système devant la cour de cassation, mais sans succès; il dit dans son Répertoire qu'il le fit entraîner par l'autorité des orateurs du gouvernement et du Tribunal, plus que par sa conviction personnelle (4). Les opinions énoncées dans l'Exposé des motifs et dans les discours prononcés devant le Corps législatif, de même que les observations du Tribunal, n'ont qu'une autorité de doctrine: c'est le texte et la raison qui décident. Or, le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Pour l'adultère, cela

(1) Observations du Tribunal, n° 5 (Loché, t. III, p. 76).

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 5 (Loché, t. III, p. 86).

(3) Duveyrier, Discours, n° 15 (Loché, t. III, p. 127).

(4) Merlin, Répertoire, au mot *Légitimité*, sect. II, § II (t. XVII, p. 419 de l'édit. in-8°).

est certain; dire que le mari ne peut désavouer, même pour cause d'adultère, ce n'est pas dire que le mari doit d'abord faire condamner sa femme pour adultère, pour que sa demande en désaveu soit recevable; tout ce qui résulte du texte, c'est qu'il doit y avoir adultère, et partant que l'adultère doit être prouvé. Mais c'est dépasser la loi que d'exiger la preuve préalable de l'adultère par un jugement qui condamne la femme. Or, en matière de désaveu, si l'on doit interpréter la loi en faveur de la légitimité, on ne peut cependant pas créer des conditions que la loi ne prescrit point: tout le texte, mais rien que le texte! La jurisprudence est en ce sens, et la doctrine a abandonné la condition de la preuve préalable de l'adultère.

La question est plus douteuse pour ce qui concerne le fait que la naissance a été cachée au mari. D'après le texte, il faut dire que le recèlement de la naissance est une condition exigée pour rendre admissible l'action en désaveu; aussi la cour de cassation l'a-t-elle jugé ainsi dans le même arrêt qui décide qu'il n'est pas nécessaire de fournir la preuve préalable de l'adultère (1). Mais les cours admettent généralement que le mari ne doit pas commencer par articuler et prouver préalablement le recèlement de la naissance, qu'il peut proposer simultanément des faits propres à prouver les trois conditions prévues par l'article 313. La cour de cassation même l'a jugé ainsi par un arrêt postérieur (2). Elle dit que le texte n'exige pas un jugement préalable: cela est vrai; mais dire que la naissance doit avoir été cachée pour que le mari soit admis à faire la preuve de l'impossibilité morale, c'est bien exiger que ce fait soit être prouvé avant que l'on procède à la preuve de l'impossibilité morale. Cela est aussi fondé en raison. A quoi bon entamer une procédure sur l'impossibilité morale de cohabiter, quand la naissance n'a pas été cachée? La cour de cassation avoue que le tribunal doit d'abord constater le recèlement de la naissance. S'il en

(1) Arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1812, et les autres arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 45.

(2) Arrêt du 9 mai 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 175) et arrêt de Metz du 9 décembre 1825 (*ibid.*, n° 45).

est ainsi, n'est-il pas logique qu'il constate le fait par un jugement? S'il n'est pas prouvé que la naissance ait été cachée, l'enquête sur l'impossibilité morale de cohabiter serait frustratoire au point de vue des frais et du temps perdu; et de plus elle donnerait lieu à un scandale inutile, scandale que l'intérêt de la femme, de l'enfant et de la famille doit faire écarter (1).

On fait une objection très-spécieuse contre cette distinction entre la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance. L'adultère aussi, dit-on, doit être prouvé; et tant qu'il n'est pas établi, il est inutile de donner le scandale d'une recherche qui tend à flétrir la mère et l'enfant. Nous répondons, avec la cour de Bordeaux, que la différence est grande entre l'adultère et le recèlement de la naissance; ce dernier fait n'a pas de relation intime avec la preuve de l'impossibilité morale de cohabitation, en ce sens du moins qu'il se peut que la naissance ait été cachée et que l'enfant appartienne néanmoins au mari, comme il se peut que la naissance n'ait pas été cachée et que le mari ne soit pas le père de l'enfant; les deux faits étant distincts, la preuve de l'un peut et doit se faire indépendamment de la preuve de l'autre. Il n'en est pas de même de la preuve de l'adultère; elle a un rapport intime avec la preuve de l'impossibilité morale, puisque l'impossibilité morale rend l'adultère probable, et l'adultère rend l'impossibilité probable. Rien n'empêche donc que la preuve des deux faits ne se fasse concurremment.

375. Est-ce à dire que le mari n'ait pas besoin de faire la preuve directe de l'adultère, et que cette preuve résultera suffisamment de l'impossibilité morale où le mari était de cohabiter avec sa femme? Les premiers arrêts rendus par la cour de cassation sur cette question délicate décident formellement que la preuve directe et distincte de l'adultère est inutile. Après avoir dit que le recèlement de la naissance de l'enfant est la seule condition exigée par la loi pour l'admission du désaveu fondé sur

(1) Ainsi jugé par la cour de Bordeaux, arrêt du 21 décembre 1849 (Dalloz, 1854. 5, 382, n° 4).

l'adultère de la femme, la cour ajoute : « La preuve juridique de l'adultère serait même absolument sans objet, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant désavoué ne pouvant être faite sans emporter nécessairement celle de l'adultère de la femme, et c'est sans doute pour ce motif que la loi n'exige pas que l'adultère de la femme soit constaté par un jugement préalable (1). » La plupart des auteurs ont vivement combattu cette doctrine (2), et avec raison; elle confond les deux faits que le mari doit prouver avec la connexité des preuves destinées à les établir. Il n'est pas exact de dire, comme le fait la cour de cassation, que le désaveu autorisé par l'article 313 soit fondé sur l'adultère, il est fondé sur l'impossibilité morale de cohabitation. Le texte et l'esprit de la loi sont formels, nous avons commencé par établir ce point qui ne peut pas faire de doute : l'adultère ainsi que le recèlement de la naissance sont des conditions ou, si l'on veut, des circonstances aggravantes sans lesquelles le législateur n'aurait pas admis l'impossibilité morale comme cause de désaveu. Il y a donc deux conditions ou deux faits à prouver, l'adultère et le recèlement. Dire que l'adultère ne doit pas être prouvé directement, parce que la preuve résultera nécessairement de l'impossibilité morale, c'est éliminer l'un des faits, l'adultère. En théorie, la preuve de l'adultère devrait même se faire préalablement, de même que celle du recèlement, et c'est la force des principes qui a entraîné les orateurs du gouvernement et du Tribunal à professer cette opinion. Ils n'ont pas réfléchi que la preuve des deux faits étant connexe, il n'y a pas de raison suffisante pour que l'un des faits soit établi indépendamment de l'autre et avant l'autre. Mais il faut maintenir leur doctrine en ce sens que les deux faits doivent être prouvés directement, quoique cela puisse se faire par la même enquête.

Un arrêt récent de la cour de cassation s'est rapproché de la doctrine des auteurs. On y lit, à la vérité, que l'arti-

(1) Arrêt du 25 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 45, p. 177).

(2) Zachariæ et ses annotateurs, Aubry et Rau, t. III, p. 637-640. Marcadé, t. II, p. 7-10, article 313, n° III.

le 313 n'exige point que la preuve de l'adultère soit administrée d'une manière spéciale et distincte; cela rappelle la première doctrine consacrée par la cour suprême. Mais elle ajoute : « L'article 313 entend seulement que l'adultère soit établi d'une façon *positive, en même temps* que les autres faits, de l'ensemble desquels résulte la non-paternité du mari. » L'arrêt constate ensuite que les motifs de la décision attaquée prouvent amplement l'adultère de la femme (1). Si l'adultère doit être prouvé d'une façon *positive, en même temps* que les faits qui constituent l'impossibilité morale, tout ce qui en résulte, c'est que la preuve est connexe, mais les deux conditions restent différentes et doivent par conséquent être prouvées d'une manière spéciale, et, en ce sens, distincte, quoi qu'en dise la cour. Nous acceptons son dernier arrêt, mais en insistant sur la nécessité d'une preuve directe (2).

376. La séparation de corps est-elle une cause d'impossibilité morale de cohabiter, et donne-t-elle lieu au désaveu? Il suffit de poser la question pour la résoudre. La séparation de corps laisse subsister le mariage et le devoir de fidélité qui en résulte. Donc l'enfant conçu après que la séparation de corps est prononcée peut invoquer la présomption de l'article 312. Le mari ne peut combattre cette présomption que pour cause d'impossibilité physique de cohabiter, et pour cause d'impossibilité morale, dans le cas et sous les conditions déterminés par l'article 313. Il n'y a ni impossibilité physique de cohabiter, ni impossibilité morale, dans le sens légal du mot, entre les époux séparés de corps. Partant le mari ne peut désavouer l'enfant. Le contraire a été jugé par la cour de Rouen. Elle donne d'excellentes raisons, mais qui toutes s'adressent au législateur. La présomption de l'article 312, dit-elle, suppose non-seulement le mariage, mais encore la cohabitation, donc la vie commune; or, la séparation de corps rompt la vie commune et par suite la cohabitation. Dès lors la présomption de paternité n'a plus de base,

(1) Arrêt du 31 juillet 1866 (Dalloz, 1867, 1, 297).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 45, n° 46.

et elle doit être écartée, à moins que l'on ne prouve qu'il y a eu un rapprochement entre les époux. En théorie, au point de vue législatif, il n'y a rien à répondre à ce raisonnement. Mais en se plaçant sur le terrain des principes consacrés par le code civil, la réponse est très-simple, elle a été faite par la cour de Caen et par la plupart des auteurs. Quand l'enfant est conçu pendant le mariage, le père ne peut le désavouer que dans les cas prévus par la loi; le désaveu est donc un droit exceptionnel, et si jamais une exception doit être de stricte interprétation, c'est bien celle qui détruit la présomption de paternité. Cela décide la question, et il est inutile de recourir aux travaux préparatoires pour prouver ce qui est plus clair que le jour (1).

La difficulté a été décidée en France par une loi du 6 décembre 1850, portée sur la proposition de M. Demante, membre de l'Assemblée nationale. Elle est ainsi conçue : « En cas de séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 378 du code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux (2). »

§ III. Des fins de non-recevoir.

377. Le mari peut-il renoncer au droit que la loi lui accorde de désavouer l'enfant pour cause d'impossibilité de cohabitation? Quand l'enfant naît le cent quatre-vingtième jour du mariage, la loi donne au mari le droit absolu de le désavouer, à moins qu'il n'ait reconnu tacitement sa légitimité; l'article 314 détermine dans quels cas il y a reconnaissance tacite. La loi admettant la reconnaissance tacite, il faut, à plus forte raison, admettre la reconnaissance

(1) Voyez les arrêts et les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 64.

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 56-58.