

prolongeant le délai, il faut qu'il ait date certaine. Il n'est pas même nécessaire qu'il soit signifié; la loi ne l'exige pas, et il n'y a pas de raison pour l'exiger. Tant que le procès n'est pas engagé, la signification serait inutile parce qu'elle n'aurait aucun but. Il suffit, dans l'esprit de la loi, qu'il soit prouvé que le mari ou ses héritiers ont manifesté la volonté sérieuse de désavouer l'enfant, avant l'expiration des délais ordinaires. Les auteurs sont d'accord sur tous ces points (1).

L'article 318 dit que l'acte extrajudiciaire sera comme non avenue, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice. C'est l'acte extrajudiciaire seul, comme le dit le tribun Lahary, qui demeure sans effet. De là suit qu'en ce cas on rentre dans le droit commun, d'après lequel le délai est de deux mois pour le mari s'il est absent ou si la naissance lui a été cachée, et toujours de deux mois pour les héritiers. Il se peut donc que le mari ou ses héritiers soient encore dans le délai; ils pourront naturellement en profiter pour intenter l'action. C'est la remarque du rapporteur du Tribunal, qui est reproduite par tous les auteurs (2), et il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (3).

#### § V. Formes.

**452.** L'article 318 veut que l'action en désaveu soit dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère. C'est l'enfant qui est défendeur, c'est donc contre lui que le désaveu est dirigé; mais comme l'action est intentée d'ordinaire immédiatement après la naissance ou du moins pendant la minorité de l'enfant, il fallait lui donner un défenseur. Ce protecteur ne peut être le père, puisqu'il est l'adversaire de l'enfant; ni la mère,

(1) Duranton, t. III, p. 89 et suiv., n<sup>os</sup> 94, 95. Demolombe, t. V, p. 146, n<sup>o</sup> 154.

(2) Lahary, Rapport, n<sup>o</sup> 17 (Loché, t. III, p. 108). Demolombe, t. V, p. 148, n<sup>o</sup> 158.

(3) Arrêt du 4 avril 1837 (Daloz, au mot *Paternité*, n<sup>o</sup> 157).

car il serait possible qu'elle ne voulût pas défendre son enfant; la loi a donc dû veiller à ce que l'enfant eût un représentant qui soutienne ses intérêts. C'est dans ce but qu'il lui est donné un *tuteur spécial*.

**453.** Par qui ce tuteur spécial est-il nommé? Nous avons émis l'opinion que les tuteurs *ad hoc* doivent être nommés par le tribunal (1). Le conseil de famille n'a qu'une compétence déterminée, il nomme le tuteur ordinaire; dès lors il est sans qualité pour nommer un tuteur spécial dont les fonctions n'ont rien de commun avec la tutelle ordinaire. En cas de désaveu, il y a un motif spécial et, à notre avis, péremptoire, pour ne pas attribuer la nomination du tuteur au conseil de famille; il s'agit de rejeter l'enfant de la famille, comme adultérin ou comme naturel; la famille est donc l'adversaire de l'enfant; sont-ce les adversaires de l'enfant qui lui choisiront un protecteur? Il n'y a qu'une seule disposition dans nos codes qui attribue la nomination des tuteurs spéciaux, dans un cas donné, au conseil de famille, c'est l'article 968 du code de procédure; mais cet article ne prouve-t-il pas que telle n'est pas la règle générale? Ne serait-il pas inutile, si la nomination devait toujours se faire par le conseil (2)?

L'opinion contraire est généralement suivie, elle est consacrée par la jurisprudence. Mais elle donne lieu à des difficultés sur lesquelles les cours et les auteurs sont loin d'être d'accord. De qui ce conseil sera-t-il composé? L'article 407 veut que l'on appelle aux conseils de famille des parents pris dans les deux lignes. Faut-il appliquer cette disposition quand le conseil doit nommer un tuteur *ad hoc* en cas de désaveu? Les uns disent oui, les autres disent non. Ceux-ci veulent écarter les parents paternels, parce que c'est le père ou ses héritiers qui intendent l'action (3).

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 454, n<sup>o</sup> 342.

(2) C'est l'opinion de Delvincourt, t. I<sup>er</sup>, p. 85, note 4, suivi par Valette sur Proudhon, t. II, p. 59, note a; Demolombe, t. V, p. 152, n<sup>o</sup> 166; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I<sup>er</sup>, p. 447. Il y a un arrêt de Paris en ce sens, du 4 juillet 1853 (Daloz, 1853, 2, 201), mais rendu dans une espèce où la maternité était incertaine.

(3) Marcadé, t. II, p. 19, art. 318, n<sup>o</sup> 1. Richefort, t. I<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 71. Il y a des arrêts en ce sens (Daloz, 1864, 1, 409, note).



Logiquement ils devraient écarter tous les parents, car tous sont intéressés à rejeter l'enfant de la famille : il faudrait donc composer le conseil entièrement d'amis, ce qui aboutirait à un conseil dit de *famille* où il n'y aurait pas un seul membre de la famille ! L'opinion la plus logique est certainement celle qui, une fois le conseil déclaré compétent, applique les règles sur la composition des conseils de famille (1). Mais la doctrine admise par la jurisprudence en matière de désaveu soulève une nouvelle difficulté. Elle admet le désaveu, alors que la maternité est incertaine et que l'enfant est sans famille. Comment composera-t-on en ce cas le conseil ? La cour de cassation a décidé que l'on doit suivre les règles ordinaires, parce que le mari, en désavouant l'enfant, est tenu de procéder comme si la maternité était certaine (2); la cour est donc obligée de supposer, de feindre une maternité qui en réalité n'existe pas encore, puisque l'action tend à établir la maternité. Cela ne prouverait-il pas que la jurisprudence est engagée dans une fausse voie, et pour ce qui concerne le désaveu et pour ce qui concerne la composition du conseil de famille ? Conçoit-on le désaveu, qui est une contestation d'état, alors que l'enfant n'a pas d'état ? Conçoit-on un conseil de famille, alors que l'enfant n'a pas de famille ?

Il y a une autre difficulté. On ne sait pas par quel juge de paix le conseil sera convoqué. Quand la maternité est certaine, il est certain aussi que l'enfant a pour domicile celui de son père, puisqu'il a pour lui la présomption de paternité, tant que le désaveu n'est pas admis. Mais quel sera son domicile si le mari désavoue un enfant qui n'a ni titre ni possession ? Il faut encore une fois une fiction. L'enfant aura pour domicile celui de la mère que le demandeur en désaveu lui attribue, et ce domicile est celui du demandeur lui-même (3) : de sorte que c'est le demandeur qui détermine la compétence du juge de paix et aussi

(1) C'est l'opinion de Toullier, t. II, n° 843; Proudhon, t. II, p. 59; Duranton, t. III, n° 96. Elle est consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique. Liège, 5 m i 1853 (Daloz, 1853, 2, 200); Bruxelles, 24 novembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 66).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 9 mai 1864 (Daloz, 1864, I, 403).

(3) Arrêt de la cour de cassation du 24 février 1854 (Daloz, 1854, I, 89).

la compétence du tribunal, tout cela en vertu d'une fiction imaginée par la jurisprudence ! Cette nécessité de recourir à chaque pas à des fictions, fictions qu'il appartient au législateur seul de créer, ne prouverait-elle pas que la jurisprudence est en dehors de la loi ?

454. Si l'enfant est majeur, il nous semble évident qu'il n'y a pas lieu de lui nommer un tuteur. A-t-il besoin d'un protecteur, celui qui peut se protéger lui-même ? Cependant l'opinion contraire a trouvé un partisan (1). Il est vrai que l'article 318 est conçu en termes généraux et en apparence absolus ; on pourrait donc invoquer le vieil adage qui ne permet pas de distinguer là où la loi ne distingue pas. Nous avons répondu ailleurs que l'on peut et que l'on doit distinguer quand la raison sur laquelle la loi est fondée nous force à y introduire une distinction (2). Dans le cas de l'article 318, la distinction est tellement nécessaire qu'il est inutile d'insister. Et il eût été même inutile de soulever la question, si la même difficulté ne se représentait dans une autre question un peu plus sérieuse.

L'enfant a un tuteur ; faut-il néanmoins lui nommer un tuteur spécial ? Au premier abord, on est tenté de répondre non : à quoi bon nommer un protecteur à celui qui en a un ? Cependant la doctrine et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative (3) et, nous croyons, avec raison ; non pas qu'il soit défendu de distinguer là où la loi ne distingue pas, mais parce que, dans l'espèce, la distinction irait contre le but que le législateur a eu en vue. Il a voulu donner un défenseur à l'enfant ; or, le plus souvent le tuteur et le subrogé tuteur seront ses adversaires ; le père évidemment l'est, ainsi que toute la famille paternelle ; la loi elle-même a récusé la mère, les parents maternels sont également intéressés à rejeter l'enfant comme naturel ou adultérin. Il est donc bon qu'il y ait un tuteur *ad hoc* pris en dehors de la famille et désintéressé dans le débat.

455. L'article 318 dit que l'action en désaveu doit être

(1) Richefort, *De l'état des familles*, t. I<sup>er</sup>, n° 66.

(2) Voyez le tome I<sup>er</sup> de mes *Principes*, p. 353, n° 278.

(3) Daloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 161. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 76, n° 44 bis IV.



dirigée contre le tuteur *ad hoc* donné à l'enfant et en *présence de sa mère*. Bien que l'action ne soit pas intentée contre la mère, elle y est intéressée; elle a l'état de son enfant à défendre et son propre honneur; elle peut d'ailleurs fournir d'utiles renseignements. On demande si la mère doit être mise en cause, sous peine de déchéance, dans le délai d'un mois, prescrit par la loi. La cour de Caen a décidé la question négativement; les motifs qu'elle donne sont si péremptoirs que nous ne comprenons pas les hésitations de la doctrine (1). Après avoir soutenu qu'il y a déchéance, M. Demolombe finit par dire que la déchéance n'est peut-être pas suffisamment écrite dans l'article 318 (2). Il faut dire plus: le texte est très-clair, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. La loi veut que l'action soit intentée dans un bref délai. Contre qui est-elle dirigée? Contre un tuteur *ad hoc*, dit l'article 318. Est-elle aussi dirigée contre la mère? Du tout, le code se borne à exiger que la mère soit *présente*. Présente à quoi, demande la cour de Caen? Au procès, naturellement. Il faut donc qu'il y ait procès avant qu'on puisse y appeler la mère. Si la mère est présente aux débats quand ils s'ouvrent, cela ne suffit-il pas? Si elle n'assistait pas aux enquêtes, celles-ci pourraient être déclarées nulles. L'intérêt de la mère, celui de l'enfant sont, par cela même, sauvegardés. Et ils ne le seraient pas, qu'il faudrait encore décider qu'il n'y a pas de déchéance, car il n'y a pas de déchéance sans texte, et l'article 318 ne prononce certainement pas la déchéance contre le mari ou ses héritiers, si la mère n'a pas été assignée dans le délai prescrit pour l'assignation du tuteur spécial.

**456.** Le désaveu doit être fait dans un temps très-court, sous peine de déchéance. Il importe donc d'examiner si l'action contre le tuteur *ad hoc* prescrite par l'article 318 peut être remplacée par un acte équivalent. Dalloz se prononce pour l'affirmative, en se fondant sur la jurisprudence (3). Cela nous paraît plus que douteux. Si l'enfant a un

(1) Arrêt du 31 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 169).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 154, n° 168.

(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, nos 173, 174.

titre, il peut invoquer la présomption de paternité établie par l'article 312. Cette présomption ne peut être combattue que par le désaveu, et la loi définit ce qu'elle entend par désaveu, c'est une action dirigée contre l'enfant ou son tuteur spécial. Elle veut de plus que l'action soit intentée dans un bref délai, sous peine de déchéance. Tout est donc ici de rigueur.

Il y a des cas où la jurisprudence elle-même a décidé qu'il n'y avait pas acte équivalent à l'aveu. Le mari demande le divorce pour adultère; il est certain que cette demande n'équivaut pas à un désaveu; car l'adultère de la mère ne prouve pas l'illégitimité de l'enfant, et l'action en divorce n'est pas dirigée contre l'enfant, donc ce n'est pas un désaveu (1).

Il n'y a qu'un cas dans lequel il y aurait acte équivalent, c'est quand le désaveu se ferait par voie d'exception contre l'enfant. En effet, l'exception est une vraie demande, et si celui qui l'oppose conteste réellement la légitimité de l'enfant, il faut dire qu'il y a désaveu. Ainsi jugé par la cour de cassation dans un cas où l'enfant avait intenté une action en rectification de son acte de naissance contre les héritiers légitimes; ceux-ci contestèrent la légitimité. C'était bien un désaveu sous forme d'exception (2). Hors de ce cas, il ne peut pas y avoir d'acte équivalent.

#### § VI. Effet du désaveu

**457.** Si le désaveu est admis, l'enfant est rejeté de la famille, en ce sens qu'il n'aura pas pour père le mari de sa mère. Le jugement prouvera donc que l'enfant appartient à un autre qu'au mari; dès lors il est illégitime. Il sera naturel s'il a été conçu avant le mariage, et adultérin s'il a été conçu pendant le mariage. Dans ce dernier cas, la filiation adultérine résulte du jugement combiné

(1) Arrêt de Montpellier du 20 mars 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 66, p. 84).

(2) Arrêts de la cour de cassation du 31 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 2), et de Grenoble du 5 février 1836 (*ibid.*, n° 3).



avec l'acte de naissance. C'est un des cas dans lesquels un enfant adultérin a une filiation légale, bien que la loi prohibe la reconnaissance volontaire ou forcée des enfants qui sont le fruit de l'adultère (art. 335 et 342).

Si le désaveu est rejeté, l'enfant reste en possession de la légitimité, et exerce par conséquent tous les droits d'un enfant légitime.

**458.** A l'égard de qui le jugement produit-il ces effets? On sait que les jugements ne produisent d'effet qu'entre ceux qui ont été parties en cause; ils ne peuvent pas être opposés à ceux qui n'ont pas été parties au procès, et ils ne leur profitent pas. Ce principe reçoit-il son application aux jugements qui concernent l'état des personnes? On prétend que ces jugements ont effet à l'égard des tiers, quand ils sont rendus avec le contradicteur légitime. Nous verrons plus bas que la doctrine du contradicteur légitime est fautive; que par suite les jugements qui statuent sur l'état restent sous l'empire du droit commun. En est-il de même des jugements rendus sur le désaveu? Supposons d'abord qu'ils soient rendus avec le mari ou avec ses héritiers. Tout le monde reconnaît que ces jugements ont effet à l'égard de toute la famille. Les jurisconsultes romains l'ont déjà décidé ainsi, en disant que la décision du juge *fait loi* (1). Pourquoi ce jugement fait-il loi? Toullier dit que c'est une application de la théorie du *contradicteur légitime*. Il n'en est rien, car le droit romain rejette cette théorie. La raison pour laquelle le jugement rendu avec le mari ou ses héritiers a effet à l'égard de toute la famille est bien simple. C'est que le mari seul et ses héritiers ont le droit de désavouer l'enfant; les autres membres de la famille ne peuvent pas intenter l'action, et l'enfant ne pourrait pas faire juger avec eux la question de légitimité, si un jugement l'avait rejeté de la famille; donc le jugement décide définitivement la question, personne n'ayant plus le droit de la soulever ni de la débattre. En ce sens, elle est à l'abri de toute discussion comme une

(1) « *Placet ejus rei judicem JUS FACERE.* » (L. 3, in D., de *agnoscendis et alendis liberis* (XXV, 3).

loi que personne n'a le droit de discuter. C'est ce que les jurisconsultes romains expriment avec leur précision habituelle en disant que la sentence du juge fait droit (1).

Si tous les héritiers du mari n'avaient pas été en cause, le jugement aurait-il effet à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties? On applique dans ce cas le principe de la chose jugée; le jugement ne pourra être opposé aux héritiers qui n'ont pas figuré dans l'instance, mais aussi ils ne peuvent pas s'en prévaloir. Ici l'on ne peut plus dire, comme nous venons de le faire, que l'héritier contre lequel l'enfant invoquerait le jugement qu'il a obtenu avec ses cohéritiers n'a aucune qualité pour agir, car tous ont un droit égal à figurer dans l'instance; ce qui a été jugé avec les uns ne peut donc pas être opposé aux autres. De même quand ces héritiers agissent contre l'enfant, celui-ci ne peut pas les repousser par l'autorité de chose jugée, car la chose n'a pas été jugée avec eux. Par la même raison, les héritiers ne peuvent pas profiter du jugement rendu contre l'enfant, s'ils n'y ont pas été parties, car ce jugement n'a pas été rendu en leur faveur, et ils avaient le droit de figurer au procès. On objecte que l'état des hommes est indivisible; l'enfant, dit-on, ne peut être tout ensemble légitime et naturel ou adultérin. Donc s'il a été déclaré légitime ou naturel à l'égard de quelques héritiers, il faut qu'il ait le même état à l'égard des autres. Sans doute, considéré en lui-même, l'état est indivisible (2), mais il faut voir sur quelle preuve l'état repose. Si c'est sur un jugement, l'état n'existe, tel qu'il a été déclaré par la sentence, qu'entre les parties qui ont été en cause. Cela n'est pas aussi absurde qu'on le prétend. Si l'enfant a un état, ce n'est qu'en vertu d'un jugement; or, s'il est juste que le jugement ait effet à l'égard de celui qui a pu soutenir son droit, il serait de toute injustice qu'il eût effet à l'égard de celui qui n'a pas pu le soutenir. Dans l'espèce,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Questions d'état*, § III, art. 1, n° 5 (t. XXVI, p. 268).

(2) Cela est de doctrine et de jurisprudence (arrêts de Paris du 9 février 1846 et de la cour de cassation du 9 mars 1847 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 190).



d'ailleurs, l'état, comme droit moral, n'a pas été l'objet du débat; il ne s'agit que des intérêts pécuniaires qui y sont attachés, et on ne peut pas même dire de ces intérêts qu'ils sont indivisibles. Telle est aussi l'opinion générale, et la jurisprudence l'a consacrée (1).

Nous avons supposé que les tiers auxquels l'enfant oppose le jugement ou qui l'invoquent sont des héritiers du mari, ayant, comme tels, droit de figurer dans le procès en désaveu. Que faut-il décider si ce sont des parents maternels, des héritiers de la femme, lesquels ne peuvent pas désavouer l'enfant? Le jugement a été rendu contre l'enfant au profit de quelques-uns des héritiers du mari : les héritiers de la femme peuvent-ils s'en prévaloir? Non, ce jugement ferait loi pour la famille, si tous les héritiers du mari y avaient figuré, mais tous n'y ayant pas figuré, il ne fait plus loi qu'à l'égard de ceux qui ont été parties en cause. Les autres héritiers du mari ne pourraient pas même l'invoquer, sauf à eux à agir s'ils sont encore dans le délai; à plus forte raison, les héritiers de la femme ne peuvent-ils pas opposer un jugement où ils n'ont pas le droit de figurer. A leur égard, l'enfant conserve son état, tel qu'il résulte de son acte de naissance et de la présomption de paternité. C'est encore l'opinion commune des auteurs (2).

**459.** Le mari peut-il se désister du jugement qui a admis le désaveu? Il peut sans doute renoncer au bénéfice du jugement en ce qui le concerne, et pour les intérêts pécuniaires qui sont attachés à la légitimité; mais il ne peut pas rendre à l'enfant la légitimité dont le jugement l'a dépouillé. Ce jugement fait loi, et il n'appartient à personne de défaire une loi. D'ailleurs, le jugement a donné des droits à la famille, et le mari ne peut pas les lui enlever. Il y a un arrêt contraire (3), mais cet arrêt n'a pas de valeur doctrinale et il ne peut pas en avoir, les

(1) Arrêts d'Angers du 11 avril 1821 et de la cour de cassation du 28 juin 1824 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 276).

(2) Valette sur Proudhon, t. II, p. 60, note. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 650 et suiv. Demolombe, t. V, p. 159-161, n° 178.

(3) Arrêt de Lyon du 7 février 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 201). En sens contraire, Demolombe, t. V, p. 161, n° 181.

principes ne laissant aucun doute sur la question. Vainement dirait-on que le mari a, en principe, seul le droit de désavouer, et que s'il se désiste du jugement, personne n'a plus le droit de contester la légitimité de l'enfant. Cela est vrai, tant qu'il n'y a pas de jugement. Quand le jugement est porté, il fait loi. Cela décide la question.

### SECTION III. — De l'action en contestation de légitimité.

**460.** Aux termes de l'article 315, la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. L'action par laquelle la légitimité de cet enfant est contestée s'appelle action en contestation de légitimité. Il y a de grandes différences entre cette action et l'action en désaveu. Le désaveu suppose que l'enfant est conçu ou du moins né pendant le mariage; cet enfant a pour lui la présomption de paternité, et elle ne peut lui être enlevée que par une action en désaveu, action que le code circonscrit dans des limites très-étroites, parce qu'il favorise la légitimité. Tandis que la contestation de légitimité suppose que l'enfant né après la dissolution du mariage est aussi conçu depuis ce moment, l'époque seule de sa naissance prouve que cet enfant est illégitime. La loi ne lui devait donc aucune faveur. Aussi l'action en contestation de légitimité n'est-elle pas régie par les principes qui régissent le désaveu : elle reste sous l'empire du droit commun.

Le désaveu ne peut être exercé que par le mari et par ses héritiers. Toute personne intéressée peut intenter l'action en contestation de légitimité. Cette différence résulte du texte et de l'esprit de la loi. Quand le code parle du désaveu, il nomme toujours le mari, et il contient une disposition spéciale pour déterminer dans quel cas, sous quelles conditions les héritiers du mari peuvent désavouer l'enfant (art. 312, 314 et 317). Quand il parle de la contestation de légitimité, il ne nomme personne, donc il n'exclut personne. Cela résulte d'ailleurs de la nature de l'action. Le législateur aurait pu déclarer l'enfant illé-