

valable, à titre d'aliments. Il ne peut plus être question d'une cause illicite, quand même l'adultérinité serait établie, comme elle l'était dans l'espèce, abstraction faite de la reconnaissance; car la loi elle-même accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux. Que si l'on admet l'opinion que nous avons professée, la question est tout aussi peu douteuse. La reconnaissance, quoique illégale, constate le droit de l'enfant à des aliments; donc le legs qui lui est fait pour aliments est valable.

SECTION VI. — De la légitimation.

§ 1^{er}. Principe.

164. L'article 331 pose le principe que les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Ce principe, emprunté au droit romain et au droit canonique, repose sur une fiction. Nos lois présumment, dit Portalis, que les père et mère qui se marient après avoir vécu dans un commerce illicite, ont toujours eu l'intention de s'engager par les liens d'un mariage solennel; elles supposent que le mariage a été contracté au moins de vœu et de désir, dès le temps de la naissance des enfants, et, par une fiction équitable, elles donnent un effet rétroactif au mariage (1). La légitimation se justifie par les considérations les plus puissantes. Bigot-Préameneu dit très-bien que l'ordre public est intéressé à ce que l'homme et la femme qui vivent dans le désordre aient le moyen d'éviter l'un ou l'autre de ces deux écueils, celui de se séparer par dégoût ou celui de continuer un commerce coupable. La loi leur offre, dans une union sainte et légitime, des avantages assez précieux pour les porter à la contracter. L'homme donnera les droits de la légitimité à des enfants pour qui la nature doit lui inspirer des sentiments de tendresse, et il remplira en même temps un devoir que sa conscience doit sans cesse lui rappeler. Par la légitimation, la femme réparera sa faute et recouvrera son

(1) Portalis, Discours préliminaire, n° 63 (Loché, t. 1^{er}, p. 173).

honneur. Les enfants, cela va sans dire, y ont le plus grand intérêt. On a cependant objecté que l'espoir de la légitimation pourra favoriser le concubinage; c'est la raison pour laquelle la législation anglaise n'admet pas la légitimation par mariage subséquent. Nous doutons fort que les mœurs s'en trouvent mieux et qu'il y ait moins d'enfants naturels. Les passions ne calculent pas. Mieux vaut donc leur laisser une porte ouverte pour le repentir et la réparation (1).

165. Le mariage légitime les enfants naturels en ce sens que, s'ils sont légalement reconnus, il suffit que les père et mère se marient pour que les enfants soient légitimés. Il n'est pas nécessaire que les futurs époux déclarent qu'ils les veulent légitimer; ce n'est pas leur volonté qui opère la légitimation, c'est la loi. Telle était la doctrine de l'ancien droit (2), et tel est aussi le principe consacré par le code Napoléon. Il est vrai que l'article 331 dit que les enfants nés hors mariage *pourront* être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Mais le mot *pourront* n'implique pas que la légitimation soit facultative, que les parents aient la faculté de légitimer ou de ne pas légitimer leurs enfants, tout en se mariant. La loi veut dire qu'il dépend de la volonté des père et mère de se marier; en ce sens, il dépend aussi d'eux de légitimer leurs enfants. Mais du moment qu'ils se marient, la légitimation s'opère, qu'ils le veuillent ou non. Comme le dit Pothier, la légitimation s'opère par la seule force et efficace du mariage. C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Richefort. Il est inutile d'insister et de citer des autorités. Ajoutons que la légitimation se fait aussi sans le concours de volonté des enfants qui en profitent, sauf à eux à répudier la légitimation, si la reconnaissance n'est pas sincère (nos 180 et suiv.).

Quand on dit que le mariage opère légitimation de plein droit en vertu de la loi, cela suppose que les enfants sont reconnus avant le mariage, ou dans l'acte même de

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 28 (Loché, t. III, p. 91).
Duvoyrier, Discours, n° 31 (Loché, t. III, p. 134).

(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 422.

CAPILLA ALFONSINA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
V. A. N. LI

célébration. Le texte de l'article 331 le dit. Nous y reviendrons.

166. Tout mariage légitime les enfants naturels, même le mariage appelé *in extremis*. Dans le projet de code, il y avait une disposition ainsi conçue : « Le mariage contracté à l'extrémité de la vie, entre deux personnes qui auraient vécu en concubinage, ne légitime point les enfants qui seraient nés avant ledit mariage. » La section de législation avait proposé cette exception, dans la crainte que la facilité de légitimer les enfants au dernier moment de la vie ne favorisât le dérèglement des mœurs et ne portât à l'oubli du mariage. Berlier répondit que le concubinage n'était pas une affaire de calcul. Il faut, dit-il, prendre les hommes tels qu'ils sont. Celui que ses passions auront entraîné au concubinage n'en sera pas détourné si la loi refuse de légitimer les enfants qui pourront naître de ce commerce illicite. Mais s'il a des enfants et si sa fin approche, il voudra, s'il a quelque honnêteté, réparer sa faute, en donnant la légitimité aux enfants et en rendant l'honneur à leur mère. Qu'y a-t-il là d'immoral? La loi serait immorale si elle mettait obstacle à cette œuvre de réparation. Sur ces observations, la disposition fut supprimée (1). Si nous l'avons rappelée, c'est comme enseignement pour le législateur. Il ne doit pas, par sollicitude pour la moralité, empêcher de réparer les fautes où tombe la faiblesse humaine : il ne prévient pas les fautes par un rigorisme outré, et il ferme la porte au repentir.

167. Le mariage contracté par un prêtre légitime-t-il les enfants qu'il a eus avant de se marier? D'après notre droit public, la question ne peut même plus être agitée. Comme M. Nothomb l'a dit au Congrès, les prêtres ne sont que des individus aux yeux de la loi ; ils peuvent se marier, ils peuvent donc aussi légitimer leurs enfants. Vainement dirait-on que, dans la doctrine de l'Eglise, le concubinage du prêtre est un adultère, que les enfants qui en naissent sont adultérins, et que par suite ils ne peuvent

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an x, n° 7 (Loché, t. III, p. 47 et suiv.).

être légitimés. On répondrait, et la réponse est péremptoire, que les canons et les doctrines de l'Eglise n'ont aucune valeur aux yeux de la loi civile ; nous ne connaissons d'autre adultère que celui qui est commis au mépris d'un mariage légal. La question s'est présentée en France devant la cour de cassation, et elle a été décidée dans le même sens sur un lumineux réquisitoire de Merlin (1). Nous croyons inutile d'y insister, la question n'étant plus controversable en Belgique, ni même en France.

168. La diversité de législation qui existe entre la France et l'Angleterre sur la légitimation a donné lieu à des questions de droit civil international. Des Français se marient en Angleterre ; leur mariage légitimera-t-il les enfants naturels qu'ils ont eus soit en Angleterre, soit en France? L'affirmative n'est pas douteuse. La légitimation est attachée au mariage ; c'est un des effets qu'il produit, et cet effet concerne l'état des personnes. Sous tous les rapports donc, le statut est personnel. Il suit de là que si des Anglais se marient en France, leur mariage n'opérera pas légitimation ; car il est régi par les lois anglaises, lesquelles n'admettent pas la légitimation par mariage subséquent. On pourrait objecter qu'il y a un intérêt de moralité publique en cause, intérêt qui est apprécié diversement dans les deux pays : en Angleterre, on croit que la légitimation favorise l'immoralité, tandis qu'en France on estime qu'elle répare le mal que le législateur ne peut empêcher ; l'intérêt des bonnes mœurs ne doit-il pas l'emporter sur le statut personnel de l'étranger? Nous ne le pensons pas. Il ne s'agit pas ici d'une institution où l'ordre public est l'élément dominant, comme il l'est dans la réprobation de la polygamie ; si l'on invoque les bonnes mœurs, c'est plutôt pour justifier la différence de droit que pour approuver ou réprouver la légitimation ; c'est surtout le devoir du père, l'honneur de la mère, le sort des enfants qui ont déterminé le législateur français, toutes considérations qui n'ont pas un rapport direct avec la moralité publique.

(1) Arrêt du 22 janvier 1812 (Daloz, au mot *Paternité*, n° 461). Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimation*, sect. II, § II (t. XVII, p. 17).

Le statut personnel doit donc recevoir son application. C'est l'opinion de Merlin, et la question a toujours été jugée ainsi en France (1).

169. La question se complique quand les futurs époux appartiennent à des nations différentes. C'est une Française qui se marie avec un Anglais; faut-il suivre la loi d'Angleterre ou celle de France? Il a été jugé qu'il faut appliquer la loi anglaise, parce que, d'après le code Napoléon (art. 19), la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, que c'est donc la loi personnelle du mari qui doit recevoir son application (2). La cour de cassation a consacré l'opinion contraire. Elle commence par constater que le père seul était Anglais et domicilié en France, que la mère était Française, que les enfants étaient nés en France. De là elle conclut que la loi française était la loi du domicile matrimonial, à laquelle les futurs époux sont réputés avoir eu la volonté de se soumettre. Cette première raison est mauvaise. La légitimation ne dépend pas de la volonté des parties, pas plus que tout autre effet du mariage. Dira-t-on que, dans l'espèce, les futurs époux se sont aussi soumis à la loi française en ce qui concerne l'indissolubilité du mariage? Non, certes. Eh bien, il ne dépend pas davantage des futurs époux de vouloir ou de ne pas vouloir la légitimation. C'est la loi et non leur volonté qui l'opère. Il s'agit de savoir quelle loi il faut appliquer, la loi française ou la loi anglaise, et cette question ne se décide pas par la volonté des parties.

La cour de cassation ajoute que la femme, étant Française, avait droit à la légitimation, et que les enfants nés en France pouvaient invoquer ce bénéfice; que la bonne foi de la mère serait trompée si le mariage n'opérait pas légitimation, que les droits des enfants seraient lésés, que d'ailleurs les enfants pouvaient aussi invoquer la loi française, puisque à leur majorité ils avaient le droit de réclamer la qualité de Français. Cette seconde raison ne nous paraît pas meilleure que la première. La femme française qui se marie avec

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Légitimation*, § II (t. IX, p. 172 et suiv.). Arrêt d'Orléans du 17 mai 1856 (Daloz, 1856, 2, 154).

(2) Caen, 18 février 1852 (Daloz, 1853, 2, 61).

un Anglais peut-elle se prévaloir de la loi française, alors que le code dit qu'elle suit la condition de son mari? Quant aux enfants, qu'importe qu'à leur majorité ils puissent réclamer la qualité de Français? Résultera-t-il de là que le mariage de leurs père et mère sera régi par la loi française?

Enfin la cour de cassation invoque l'ordre public. Ici vient le doute dont nous venons de parler. Nous comprendrions qu'en se plaçant sur le terrain de la moralité publique, l'on soutînt que cet intérêt doit dominer la loi du statut. Mais ce n'est pas ainsi que la cour de cassation procède; elle commence par nier le statut personnel en invoquant une convention tacite et le droit de la femme ainsi que celui des enfants; puis elle dit que ces considérations de fait et de droit ont d'autant plus de force et de puissance, que la légitimation de même que le mariage est d'ordre public. En effet, l'objet de la légitimation est de réparer une faute contre l'ordre social, au profit de l'enfant naturel qui en était la victime innocente, et de créer à cet enfant une famille qu'il n'avait pas auparavant (1). Nous répondrons que l'argument prouve trop. Est-ce que tout ce qui concerne le mariage n'est pas d'ordre public? Il faudra donc appliquer en tout la loi française aux mariages que les étrangers contractent en France? Il faudra décider que le mariage de deux Anglais contracté en France opère légitimation! Il faut aller jusque-là si l'on pose en principe que la loi française doit être appliquée parce que le mariage et la légitimation sont d'ordre public. Cela est inadmissible. Le statut personnel est la règle, la loi française ne l'emporte sur ce statut que lorsqu'il y a un intérêt social en cause, tel que la moralité publique en cas de polygamie. Mais qui osera dire que la légitimation intéresse les bonnes mœurs au même degré que la réprobation de la polygamie? Qui osera dire que la légitimation est morale ou immorale, alors que deux nations civilisées, toutes deux chrétiennes, sont partagées, l'une admettant la légitimation par mariage subséquent, l'autre la répudiant? Ne faut-il pas en conclure plutôt que la moralité est hors de

(1) Arrêt de cassation du 23 novembre 1857 (Daloz, 1857, 1, 423).

cause? Cela est vrai en ce sens qu'il n'y aura pas un enfant naturel de plus ou de moins, que le législateur admette la légitimation ou qu'il la rejette. Donc, en définitive, il s'agit d'une de ces institutions sur lesquelles les sentiments des divers peuples diffèrent. N'est-ce pas une raison pour appliquer le statut personnel?

Non, a dit la cour de Bourges, qui, sur le renvoi, s'est rangée à l'avis de la cour de cassation (1). Elle invoque l'intérêt des Français qui contractent avec des étrangers, et qui seraient trompés si on leur appliquait la loi étrangère qu'ils doivent ignorer. Voilà encore une de ces raisons qui prouvent trop; si on l'admettait, il n'y aurait plus de statut personnel. La cour de Bourges avoue que les opinions peuvent différer sur le caractère plus ou moins moral de la légitimation; mais il suffit, dit-elle, que le législateur français l'ait admise dans des vues de bonne police et au profit des mœurs pour qu'elle soit d'ordre public. Non, cela ne suffit pas. Sinon, on sacrifiera toujours le statut personnel à la loi française, car le statut concerne l'état des personnes; et cet état n'est-il pas toujours réglé en vue d'une bonne police et des bonnes mœurs? Donc il n'y aura plus de statut personnel. Cela prouve qu'en cette matière si délicate, il faut laisser de côté le mot vague d'*ordre public*, et pénétrer dans les entrailles des institutions pour les apprécier. Comme nous l'avons dit en exposant les principes des statuts, ce n'est pas l'ordre public qui domine le statut personnel, c'est l'intérêt social (2). Et quel intérêt la société a-t-elle à ce que le mariage contracté par un Anglais en France légitime ses enfants?

§ II. Des conditions de la légitimation.

N° 1. DE LA RECONNAISSANCE.

170. Pour que le mariage opère légitimation, il faut, aux termes de l'article 331, que les enfants aient été léga-

(1) Arrêt du 26 mai 1858 (Dalloz, 1858, 2. 178).

(2) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 124, n° 85

lement reconnus avant le mariage, ou qu'ils le soient dans l'acte même de célébration. Cette disposition du code civil déroge à l'ancien droit. D'après la législation canonique, la légitimation était une suite nécessaire du mariage; elle n'exigeait pas de reconnaissance préalable. Cela tenait, en partie du moins, aux principes qui régissaient la filiation naturelle. L'enfant pouvait rechercher son père aussi bien que sa mère; c'était donc un droit absolu pour lui d'établir sa filiation, à quelque époque que ce fût, et une fois sa filiation établie, le mariage devait avoir pour effet de le légitimer. Notre code n'admet plus ce droit absolu de l'enfant; il interdit la recherche de la paternité, et il ne permet la recherche de la maternité que sous des conditions très-sévères. Le mariage ne pouvant légitimer les enfants naturels que si leur filiation est constante, la loi devait exiger la reconnaissance des père et mère, la reconnaissance étant le seul moyen légal de constater la filiation paternelle. Restait à décider si la reconnaissance faite après la célébration du mariage opérerait légitimation. Le code exige que l'enfant naturel soit reconnu avant le mariage ou dans l'acte de célébration. Il a craint que la reconnaissance faite après le mariage ne fût pas l'expression de la vérité: les époux pourraient s'entendre pour reconnaître et légitimer un enfant qui leur serait étranger ou qui du moins serait étranger à l'un d'eux; et il ne doit pas dépendre du concert frauduleux des époux de créer des liens de filiation que la nature seule peut établir (1). Ce serait, dit le premier consul, créer des enfants par consentement mutuel (2).

171. Comment la filiation des enfants doit-elle être constatée? L'article 331 dit que les père et mère doivent les reconnaître légalement. Cela suppose une reconnaissance volontaire. Est-ce à dire que si la filiation était établie par une recherche, l'enfant ne serait pas légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère? Non, certes.

(1) Portalis, Discours préliminaire, nos 64, 65 (Loché, t. I^{er}, p. 173). Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 28 (Loché, t. III, p. 91).

(2) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an X, n° 4 (Loché, t. III, p. 46).