

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).

Ce que la loi a voulu, c'est que l'état des enfants fût légalement constaté antérieurement au mariage; le mode de constatation est indifférent, car il n'y a aucune raison de faire une différence entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée en ce qui concerne la légitimation. Quant au texte, il prévoit, comme le législateur le fait d'habitude, le cas qui se présente ordinairement, c'est la reconnaissance volontaire; il ne pouvait pas même supposer une reconnaissance forcée, puisque les père et mère d'un enfant naturel qui se marient, loin de renier l'enfant auquel ils ont donné le jour, se marient le plus souvent pour lui procurer la légitimation. Cela ne fait aucun doute.

Toutefois le principe est rigoureux. Combien de mères y a-t-il qui ignorent ce que c'est qu'une reconnaissance, qui croient qu'il suffit que l'enfant soit inscrit sous leur nom dans l'acte de naissance, et qui se marient sans songer à reconnaître l'enfant dans l'acte de célébration? Nous avons dit que la rigueur de la loi a conduit les tribunaux à admettre des reconnaissances extralégales. Si la possession d'état est une preuve de la filiation naturelle, il va sans dire que l'enfant pourra l'invoquer si ses père et mère se marient, puisque sa filiation, on le suppose, sera légalement constatée, la possession étant, comme le soutient M. Demolombe, la plus sûre des reconnaissances. Mais aussi ceux qui rejettent cette doctrine ne peuvent admettre la possession comme remplissant la condition prescrite par l'article 331 (1).

La jurisprudence admet généralement que lorsque le père, en reconnaissant l'enfant, a indiqué la mère, un aveu quelconque de la mère, et notamment la possession d'état, suffit pour qu'il y ait reconnaissance à son égard. Dans cette doctrine, il faut naturellement décider qu'il y a reconnaissance des père et mère et par suite légitimation (2). Nous avons combattu l'interprétation que l'on

(1) Ainsi jugé par arrêt de la cour de Douai, du 15 mai 1816 (Daloz, au mot *Paternité*, n° 466, 1°).

(2) Douai, 19 novembre 1845 (Daloz, 1845, 4, 199, n° 34) et Bordeaux, 11 mars 1853 (Daloz, 1854, 2, 260).

donne à l'article 336; par suite, nous rejetons la conséquence que l'on en déduit.

172. Y a-t-il légitimation si l'enfant recherche pendant le mariage sa paternité et sa maternité? ou si, reconnu avant le mariage par son père, il recherche ensuite sa mère? La question est controversée. Si on pouvait la décider, abstraction faite du texte et des discussions, nous la déciderions en faveur de l'enfant. La filiation et les effets qui y sont attachés sont un droit pour lui; il faut favoriser ce droit au lieu de l'entraver, quand il conduit à légitimer l'enfant. Combien de parents et de mères surtout ignorent ce que c'est que la reconnaissance? S'ils ont négligé de la faire avant de se marier, pourquoi ne pas permettre à l'enfant d'établir sa filiation par voie judiciaire? Le texte répond à ces motifs; il est visiblement écrit dans un esprit restrictif. « Les enfants seront légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, dit l'article 331, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. » Ces derniers mots indiquent la volonté du législateur; il veut que la reconnaissance se fasse, au plus tard, au moment où le mariage se célèbre, et par reconnaissance il entend la constatation de la filiation, c'est-à-dire la reconnaissance volontaire ou la recherche. On invoque l'esprit de la loi. Nous pourrions nous contenter de répondre que l'on ne peut pas se prévaloir de l'esprit de la loi contre la volonté clairement manifestée du législateur; car qu'est-ce après tout que l'esprit sinon cette volonté (1)? Mais est-il bien vrai que les motifs qui ont engagé les auteurs du code civil à exiger la reconnaissance antérieure au mariage ne s'appliquent pas à la recherche que l'enfant fait de sa filiation pendant le mariage? Il n'y a plus lieu de craindre, dit-on, que les époux ne créent un enfant par consentement mutuel, comme le disait Napoléon dans son énergique langage. A la vérité, la filiation de l'enfant ne dépend plus de leur volonté, mais de la décision des tribunaux. Toutefois rien ne serait plus facile aux époux

(1) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 342, n° 273.

que d'éluider la loi par collusion avec l'enfant, en lui opposant une défense simulée et par cela même inefficace. Il faut ajouter, et cela est décisif, que la difficulté fut prévue dans la discussion qui eut lieu au conseil d'Etat et qu'on la décida contre l'enfant. Tronchet dit que la reconnaissance devait se faire avant le mariage, afin que les familles ne fussent pas laissées dans l'incertitude. C'est en ce sens qu'il voulait que l'état de l'enfant *fût fixé avant le mariage*. Dans le système opposé, ajouta Regnier, « un individu pourrait, trente ans après le mariage, venir réclamer la qualité d'enfant et changer l'état de la famille (1). » L'opinion que nous soutenons est généralement suivie (2).

NO 2. QUELS ENFANTS PEUVENT ÊTRE LÉGITIMÉS.

173. Aux termes de l'article 332, « la légitimation peut avoir lieu même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants. » Un auteur demande comment il se peut que le mariage légitime les descendants de l'enfant naturel prédécédé, alors qu'ils sont déjà légitimes (3). La loi ne dit pas ce que M. Demolombe lui fait dire : elle est ou ne peut pas plus claire. C'est l'enfant décédé qui est légitimé. Naturellement lui ne profitera pas de cette légitimation posthume, mais ses descendants en profiteront, bien qu'ils soient déjà légitimes. Avant la légitimation, ils n'avaient d'autre famille que celle de leurs père ou mère, car ceux-ci, étant des enfants naturels, étaient par cela même sans famille; il n'y a pas même de lien civil de parenté entre les descendants légitimes et leur grand-père naturel; tandis que par le bénéfice de la légitimation accordé à leurs père ou mère, ils acquièrent une famille légitime et tous les droits qui y sont attachés. Nous disons

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an x, n° 4 (Loché, t. III, p. 46 et 47).

(2) Elle est très-bien établie par Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. 1^{er}, p. 337, n° 478. Voyez, en sens contraire, Duranton, t. III, p. 175, n° 180, et Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 107 et suiv. n° 57 bis VII.

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 336, n° 356.

que les descendants doivent être légitimes pour que l'article 332 soit applicable; s'ils étaient naturels, la légitimation de leur père décédé ne pourrait leur profiter, puisque ce ne sont pas eux qui sont légitimés; ils resteraient donc enfants naturels, malgré la légitimation de leur père; c'est dire que la légitimation ne leur servirait à rien.

174. L'article 332 porte que les enfants « nés d'un commerce incestueux ou adultérin » ne pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Ces enfants ne peuvent pas être reconnus (art. 335); dès lors, il est impossible qu'ils soient légitimés, puisque la reconnaissance légale, antérieure au mariage, est la condition de la légitimation. La loi dit : nés d'un *commerce incestueux ou adultérin*; et l'article 335 est rédigé dans les mêmes termes. Il résulte de là une conséquence importante: pour savoir si un enfant naturel peut être légitimé, il faut voir s'il a été conçu adultérin ou incestueux, c'est-à-dire si, lors de sa conception, il y avait un empêchement dirimant au mariage de ses père et mère, résultant d'un mariage, de la parenté ou de l'alliance. C'est donc l'époque de la conception qu'il faut considérer, et non celle de la naissance, pour décider si l'enfant peut être légitimé. Ce principe est en harmonie avec la fiction sur laquelle repose la légitimation : le législateur suppose que déjà au moment où les père et mère s'unissent par un commerce illégitime, ils ont l'intention de se marier; or, s'il y a un empêchement naissant du mariage de l'un des père et mère ou de leur parenté, le mariage est impossible et, par suite, la légitimation.

Un homme marié vit en concubinage; sa femme meurt; dans les six mois qui suivent la dissolution du mariage, sa concubine accouche; il l'épouse. L'enfant sera-t-il légitimé? Non, car il est né d'un *commerce adultérin*, puisque, à l'époque de sa conception, son père était marié avec une autre femme que celle qu'il a épousée. Mais si un homme se mariait au moment où il vit en concubinage avec une autre femme, et que moins de six mois après son mariage sa concubine devint mère, pourrait-il le légitimer en

l'épousant après la dissolution de son premier mariage? Oui, certes, car l'enfant n'a pas été conçu adultérin, puisque, lors de sa conception, son père était libre (1).

Nous avons supposé, dans ces exemples, que les présomptions établies par la loi pour déterminer l'époque de la conception s'appliquent à la légitimation. Telle est, en effet, l'opinion commune (2). D'après la rigueur des principes, il faudrait décider que des présomptions légales ne peuvent jamais s'étendre, fût-ce par motif d'analogie. Vainement dirait-on qu'il y a identité de raison, puisque la légitimation conduit à la légitimité. Nous répondons que ce n'est pas un enfant légitime qui invoque ces présomptions, que c'est un enfant naturel; or, elles n'ont été écrites que pour les enfants légitimes. Cela est décisif pour l'interprète; les autres considérations sont à l'adresse du législateur (3).

175. L'enfant conçu incestueux serait-il légitimé, si ses père et mère se marient avec dispense? Nous supposons que l'enfant naît avant la célébration du mariage. S'il naît pendant le mariage, il sera considéré comme légitime, par cela seul qu'il n'aura pas été désavoué. La question est controversée; nous l'avons traitée dans notre tome III (n° 382), auquel nous renvoyons. Si l'enfant naît avant le mariage de ses père et mère, il ne sera pas légitimé. Cette question est aussi très-controversée. Il y a lieu de s'en étonner, car elle est décidée deux fois par le texte de la loi. Quelle est la condition essentielle sans laquelle il n'y a pas de légitimation? La reconnaissance de l'enfant antérieure au mariage, et, d'après l'article 335, la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux. Or, y a-t-il commerce incestueux quand un oncle et sa nièce, quand un beau-frère et sa belle-sœur vivent en concubinage? Oui, car il y a inceste lorsqu'il y a conjonction de deux personnes entre lesquelles

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimation*, section II, § II, n° 7. C'est l'opinion unanime. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 453.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 325, n° 351.

(3) Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Dijon du 29 août 1813 (Dalloz au mot *Paternité*, n° 719).

les il existe un empêchement dirimant au mariage, naisant de la parenté ou de l'alliance. Voilà un texte. En voici un second : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère (art. 331). » La légitimation suppose, outre la reconnaissance, le mariage. Pour qu'il puisse être question de légitimation, il faut donc que le mariage soit possible. Or, le mariage n'est possible, en cas d'inceste, que si l'empêchement né de la parenté ou de l'alliance peut être levé par une dispense, c'est-à-dire quand, dans l'espèce, il y a eu commerce incestueux entre l'oncle et la nièce, entre le beau-frère et la belle-sœur. Dans les autres cas de parenté et d'alliance, il ne peut pas y avoir de dispense, donc pas de mariage, donc pas de légitimation. C'est dire que l'article 331 ne peut recevoir d'application qu'au cas où un enfant est né du commerce de l'oncle avec la nièce, du beau-frère avec la belle-sœur, et que le mariage a lieu avec dispense. Si on décide que ce mariage légitime les enfants, quoique conçus incestueux, on fait dire au législateur une niaiserie, ou l'on efface le mot *incestueux* de l'article 331. On lui fait dire une niaiserie. En effet, la loi dirait : Le mariage qu'un père contracte avec sa fille ne légitime pas les enfants qu'ils auraient eus avant de se marier. Eh! comment veut-on qu'un pareil mariage légitime, alors que la loi le prohibe et l'annule? Il ne reste donc qu'à effacer le mot *incestueux* de la loi. Y a-t-il par hasard quelque doute sur le texte? Écoutons ceux-là mêmes qui professent l'opinion contraire. « Le sens que nous venons de donner à la loi, dit Duranton, ne résulte que trop évidemment de la lettre de l'article 331 (1). » L'aveu est naïf, mais il ne laisse rien à désirer. M. Pont convient aussi que si l'on admet que les enfants nés du commerce de l'oncle et de la nièce, du beau-frère et de la belle-sœur sont légitimés par le mariage subséquent, le mot *incestueux* sera sans objet, ce qui veut bien dire qu'on l'efface. Mais qu'importe? s'écrie-t-il? Est-ce que la loi peut être par-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 171, n° 177.