

faite à ce point que pas une de ses expressions ne soit inutile (1)? Cette singulière explication témoigne plus en faveur de notre opinion que tout ce que nous pourrions dire.

Il est donc avoué, il est certain que le texte est aussi clair que la lumière du jour. Aussi la plupart des auteurs se sont-ils prononcés sans hésiter contre la légitimation (2). Mais nous avons contre nous la jurisprudence récente et constante de la cour de cassation (3); il nous faut donc insister. Nous déplorons cette jurisprudence. La cour de cassation a été instituée pour maintenir l'autorité de la loi. Que de fois elle a décidé que l'on ne pouvait invoquer aucune considération contre un texte clair et formel! Que de fois elle a dit que les tribunaux ne devaient pas juger la loi, que leur devoir était de l'appliquer! Et voilà qu'elle-même se met au dessus de la loi! Et pourquoi dévie-t-elle des maximes si sages qu'elle-même a mille fois consacrées? Est-ce pour des raisons de droit qui auraient échappé aux auteurs? Non, c'est parce qu'elle a sur le côté moral de la question une opinion contraire à celle qui a dicté l'article 1331. C'est dire que la cour de cassation, au lieu d'interpréter la loi, fait une loi nouvelle! Il nous sera très-facile de justifier notre accusation, car c'en est une.

**176.** Quelle interprétation la cour de cassation donne-t-elle au texte? L'article 331, dit-elle, s'applique aux personnes entre lesquelles le mariage est absolument interdit, ou qui n'ont pas obtenu du gouvernement de dispense pour le contracter, donc à des mariages légalement impossibles, donc à un non-sens, comme nous venons de le prouver. Qui est-ce qui autorise la cour à mettre ce non-sens dans la loi? La loi est générale, elle ne distingue pas; l'interprète peut-il introduire dans les textes une distinction que

(1) Pont, Dissertation sur la légitimation des enfants incestueux par mariage subséquent (*Revue des Revues de droit*, t. 1<sup>er</sup>, p. 209).

(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 460.

(3) Voyez trois arrêts de la cour de cassation, rendus sur les conclusions conformes du procureur général Delangle, le 22 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 9 et suiv.) Les arrêts rendus pour et contre sont cités dans une excellente dissertation de M. Beudant, insérée en note, *ibid.*, p. 5-9.

sestermes repoussent? La cour suprême n'a-t-elle pas mille fois répété le vieil adage qui défend à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas? Cependant la voici qui distingue pour interpréter l'article 331. « Les liens plus ou moins étroits, dit-elle, que la nature ou la loi établit entre deux personnes, peuvent avoir pour effet ou de rendre leur mariage absolument impossible, ou de ne le permettre qu'à certaines conditions » (avec dispense). Il n'y a pas trace de cette distinction dans l'article 331. Pour l'y introduire, la cour remonte à l'ancien droit; elle prétend que lorsque des dispenses étaient accordées pour cause de parenté, elles effaçaient l'empêchement pour le passé comme pour l'avenir; que les parents au degré prohibé étaient considérés comme ayant toujours été libres, et que, par suite, leurs enfants pouvaient être légitimés par le mariage subséquent. La cour conclut en disant que la loi nouvelle n'est pas, à cet égard, plus sévère que l'ancienne. Pure hypothèse, entée sur une autre hypothèse! En supposant que le droit ancien fût tel que la cour l'affirme, où est la preuve que le code Napoléon maintient la distinction? Quoi! les auteurs du code, on le prétend, avaient sous les yeux une règle qui prohibait la légitimation des enfants incestueux, mais qui admettait une exception pour le cas de dispense. Ils reproduisent la règle et ne disent rien des exceptions. Et l'on veut qu'ils aient consacré ces exceptions. Est-ce que des exceptions se sous-entendent? Inutile d'insister, car le droit ancien que la cour invoque n'est lui-même qu'une hypothèse. Quand on recourt aux sources, on est étonné que la cour ait affirmé avec tant de certitude ce qui, en réalité, n'est pas. Mais ici l'erreur, car erreur il y a, se comprend; car l'ancien droit n'avait pas la précision de nos codes, il brillait plutôt par le vague et l'incertitude; de sorte que l'on y trouve à peu près tout ce que l'on veut. Nous allons retracer succinctement les vicissitudes de l'ancien droit, ne fût-ce que pour prouver que les études historiques ont leur utilité, et cependant elles ont presque disparu de notre enseignement!

**177.** Nous laissons le droit romain de côté, parce qu'il est étranger au débat. Le droit canonique n'admettait pas

la légitimation des enfants incestueux ou adultérins; il importe d'en rappeler le motif. On justifiait la légitimation en invoquant la présomption que les enfants avaient été conçus sur la foi d'un mariage que les père et mère se proposaient dès lors de contracter. Lorsque le mariage était célébré, on feignait qu'il l'avait été au temps de la conception, en sorte que le sacrement légitimait même le passé. Mais la fiction n'était pas possible quand les père et mère ne pouvaient se marier à ce moment, soit à cause d'un lien de parenté, soit à cause d'un mariage antérieur. De là la règle que le mariage ne légitime pas les enfants incestueux et adultérins (1). Y avait-il exception à cette règle en cas de dispense? En principe, non. Qu'était-ce, en effet, que la dispense? Elle était considérée comme une abrogation, pour un cas particulier, de la loi ecclésiastique d'où résulte l'empêchement; l'abrogation n'a d'effet que pour l'avenir, elle laisse subsister les effets qui ont été produits. De là le principe que la dispense est attributive et non déclarative de droits (2). Donc, si l'enfant a été conçu incestueux avant la dispense, il reste incestueux malgré la dispense; donc il ne peut pas être légitimé.

Telle était la rigueur du droit. On admettait une exception; il y avait des dispenses qui rétroagissaient, et qui par conséquent effaçaient le vice de l'inceste ou de l'adultère jusque dans sa racine; de là l'expression de dispenses *in radice*. Le vice étant effacé, la légitimation devenait possible. Mais il importe de remarquer que la dispense *in radice* n'était accordée que lorsque le mariage avait été célébré, et l'Eglise ne l'accordait que pour les causes les plus graves. Elle validait le mariage et lui faisait produire tous ses effets (3).

Ainsi la dispense proprement dite, celle qui précédait le mariage, n'avait pas par elle-même l'effet d'effacer le vice d'inceste et de légitimer les enfants. Il fallait pour cela un

(1) Reiffenstuel, *Jus canonicum*, lib. IV, tit. XVII, § II, n° 36 (t. III, p. 126).

(2) Carrière, *De matrimonio*, t. II, p. 367, 545.

(3) Carrière, *De matrimonio*, t. II, p. 547. Idem, Dissertation sur la réhabilitation des mariages nuls et les dispenses *in radice*.

bref du pape, accordé en vertu de la puissance des clefs, *ex potestate clavium*. On sait que, d'après la doctrine ultramontraine, le pape peut tout; il pouvait donc aussi légitimer dans tous les cas et sans condition aucune. Mais le pouvoir absolu du pape n'a jamais été admis en France. Il y avait donc un mariage contracté avec dispense, et comme la dispense par elle-même n'effaçait pas le vice d'inceste, on aurait dû en conclure qu'alors même qu'il y avait dispense, l'enfant restait incestueux et n'était pas légitimé par le mariage subséquent.

L'ancien droit n'avait point cette rigueur. Il admettait la fiction du droit canonique, que le mariage était censé célébré à l'époque de la conception des enfants, que par suite les enfants conçus incestueux ne pouvaient être légitimés, la fiction, dit Bourjon, ne pouvant aller au delà de la vérité (1). Ce principe fut toujours appliqué aux enfants adultérins. Il n'en fut pas de même des enfants incestueux. L'Eglise avait étendu outre mesure les empêchements résultant de la parenté; même après le concile de Trente qui les réduisit, ils allaient encore jusqu'au huitième degré. C'était un abus, et l'on sait que les parlements ne manquaient jamais de réprimer les excès de la puissance ecclésiastique. Ils ne tinrent aucun compte des empêchements que les gens d'Eglise avaient imaginés dans un intérêt de domination ou de fiscalité; ils ne maintinrent que ceux qui étaient fondés sur la loi naturelle. De là suivait que les mariages contractés avec dispense dans le premier cas légitimaient, non à cause de la dispense, mais parce qu'il n'y avait pas inceste, tandis que les enfants issus d'un véritable inceste ne pouvaient jamais être légitimés.

Restait à appliquer ce principe. L'application fut toujours indécise et vague. Il n'y avait pas de texte et les parlements étaient tout-puissants. Pothier dit que le mariage légitime les enfants dans les cas où, selon l'usage, la dispense est facile à obtenir (2), parce qu'alors seulement la

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, livre I, titre III, chap. VI, sect. II, n° 21 (t. I<sup>er</sup>, p. 24).

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 414. Voyez, dans le même sens, Lebrun, *des Successions*, livre I, chap. II, sect. I, distinct. 1; Furgole, *des*

CAPILLA ALFONSINA  
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
V. A. N. LI

fiction canonique était admissible : les père et mère étaient capables de contracter mariage au moment de la conception, en ce sens qu'ils étaient sûrs de pouvoir se marier avec dispense. Quant aux parlements, ils jugeaient d'après les circonstances de la cause : tantôt ils admettaient les brefs de légitimation, tantôt ils les déclaraient abusifs : ainsi le parlement de Paris admit la légitimation d'enfants nés de cousins germains, et il la rejeta pour les enfants nés de beau-frère et belle-sœur (1).

On voit s'il est vrai de dire, avec la cour de cassation, que, dans l'ancien droit, les dispenses accordées pour cause de parenté effaçaient l'empêchement pour le passé comme pour l'avenir!

**178.** Nous ne dirons rien des travaux préparatoires, puisque la cour de cassation ne les invoque pas (2). Constatons seulement que dans les discours et les rapports officiels, il n'est pas dit un mot qui justifie la distinction que la cour de cassation fait entre les enfants incestueux et les enfants adultérins. On lit dans le rapport de Lahary au Tribunal : « En distinguant les fruits innocents de la faiblesse des fruits honteux du crime, la loi assure aux premiers le précieux avantage de la légitimation par mariage subséquent de leurs père et mère, elle marque les derniers, provenus de l'adultère et de l'inceste, du sceau ineffaçable de la honte et de la réprobation? » Bigot-Prémeneu s'exprime de la même manière : « Si l'intérêt des mœurs a fait admettre la légitimation par mariage subséquent, ce même intérêt s'oppose à ce qu'elle ait lieu si les enfants ne sont pas nés de père et mère libres. Les fruits de l'adultère et de l'inceste ne sauraient être ensuite assimilés à ceux d'un hymen légitime (3). »

La cour de cassation objecte que la distinction résulte de la nature même des choses. La loi admet les dispenses,

*Testaments*, chap. VI, sect. II, n° 178; Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimation*, sect. II, § II, n° 9.

(1) *Code matrimonial*, t. I<sup>er</sup>, p. 429; t. II, p. 687.

(2) Voyez, sur ces travaux préparatoires, la Dissertation de M. Beudant (Daloz, 1867, t. 1, p. 8).

(3) Bigot-Prémeneu, *Exposé des motifs*, n° 28 (Loché, t. III, p. 91). Lahary, *Rapport*, n° 29 (Loché, t. III, p. 113).

en cas d'inceste, pour l'oncle et la nièce, pour le beau-frère et la belle-sœur. Ici la cour entre dans des considérations morales qui paraissent avoir déterminé sa décision. Quand les dispenses ont été accordées, dit-elle, on ne peut admettre que le législateur ait voulu réhabiliter les auteurs de la faute, et qu'il ait laissé subsister la tache qui en est résultée pour ceux qui lui doivent l'existence : ce serait introduire, dans la famille que le législateur permet de créer, des causes incessantes de division, en assurant les honneurs et les avantages de la légitimité aux enfants nés depuis le mariage, et en laissant à ceux qui sont nés antérieurement la flétrissure de l'infamie. Cette inégalité est certes choquante, mais elle existe aussi pour les enfants adultérins. Il n'y a qu'un moyen de la faire disparaître, c'est de changer la loi.

La cour de cassation répond ensuite aux considérations morales que l'on fait valoir pour maintenir, dans toute sa sévérité, la règle qui défend de légitimer les enfants incestueux. « La prohibition absolue, dit-on, peut seule conserver intacte la pureté des relations de famille. Admettre que la dispense efface la tache de l'inceste, c'est favoriser et encourager en quelque sorte les relations incestueuses par l'espoir presque certain d'une dispense. » Non, dit la cour, l'intérêt de la morale est protégé bien mieux par la sévérité que le gouvernement met dans l'octroi des dispenses. Il nous semble que la réponse n'est que trop facile. Qui ne sait que le gouvernement, tout en affectant la sévérité en théorie, se montre indulgent en réalité? Qui ignore qu'avec les influences parlementaires et extraparlémentaires il y a toujours moyen d'obtenir la faveur d'une dispense, et que si on la refuse parfois, c'est à ceux qui ne peuvent pas s'appuyer sur ces hautes protections? Pour notre part, si l'interprétation de la cour de cassation devait prévaloir, nous préférierions que le législateur abolît les empêchements pour lesquels le code civil permet d'accorder des dispenses.

**179.** Duveyrier, dans son discours au Corps législatif, pose comme condition de la légitimation que les père et mère fussent libres au moment de la conception des enfants, c'est-à-dire qu'ils eussent la faculté légale de se

marier (1). Ce principe est reproduit par quelques auteurs. Il est trop absolu. Il en résulterait que l'enfant né d'une jeune fille de quatorze ans ne pourrait pas être légitimé, ni celui d'une veuve, né onze ou douze mois après la dissolution du mariage. La loi ne consacre pas ce principe, elle n'admet d'autre obstacle légal à la légitimation que l'adultère et l'inceste. Cela décide la question. Telle est aussi l'opinion commune (2).

### § III. De la nullité de la légitimation.

**180.** Napoléon disait au conseil d'Etat que l'on ne pouvait pas permettre aux époux de créer des enfants par consentement mutuel, en légitimant pendant le mariage des enfants qui leur sont étrangers. Cette fraude peut aussi se commettre avant la célébration du mariage. Un enfant est reconnu par un homme à qui il n'appartient pas; puis pour couvrir cette reconnaissance mensongère, le prétendu père se marie avec la mère (3). Cette reconnaissance frauduleuse, suivie d'une légitimation frauduleuse, peut-elle être attaquée? L'affirmative ne souffre aucun doute. Aux termes de l'article 339, toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Le mariage et la légitimation qui en est la conséquence ne peuvent pas valider une reconnaissance qui serait fautive. En effet, la légitimation n'existe que s'il y a reconnaissance; le mariage ne suffit point; il faut, dit l'article 331, que les enfants aient été reconnus légalement avant le mariage de leurs père et mère. Or, une reconnaissance qui n'est pas l'expression de la vérité n'est pas une reconnaissance; on n'a pas plus le droit de créer un enfant naturel par consentement qu'un enfant légitime. Donc la reconnaissance peut être contestée, alors même qu'il y aurait légitimation

(1) Duveyrier, Discours, n° 32 (Loché, t. III, p. 134).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 320, n° 345.

(3) Le cas s'est présenté devant la cour de Paris (voyez arrêt du 23 décembre 1844, confirmé par un arrêt de la cour de cassation du 10 février 1847, dans Dalloz, 1847, 1, 49).

par mariage subséquent, et si la reconnaissance est déclarée fautive, il est évident que la légitimation tombe. En ce sens, la légitimation peut être attaquée.

On a bien des fois présenté une objection contre cette doctrine. L'article 333, dit-on, porte que les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. C'est mettre la légitimation sur la même ligne que la légitimité. Or, la légitimité ne peut pas être attaquée par toute personne intéressée et pour toute cause. Si l'enfant prouve sa filiation par un acte de naissance, le père seul peut contester sa légitimité, en intentant l'action en désaveu. Eh bien, l'enfant légitimé est assimilé à l'enfant légitime; l'acte de mariage lui tient lieu d'acte de naissance; donc son état doit être à l'abri de toute attaque. La cour de Toulouse a fait une réponse péremptoire à cette objection. En disant que l'enfant légitimé a les mêmes droits que l'enfant légitime, l'article 333 entend uniquement effacer la tache de bâtardise, en conférant aux enfants légitimés les droits dont jouissent les enfants légitimes; mais ce n'est que pour l'avenir. La fiction doit être restreinte dans les limites de la loi; elle n'a ni voulu ni pu déclarer que la filiation de l'enfant légitimé serait régie par les principes qui régissent la filiation de l'enfant légitime. Celui-ci a en sa faveur la présomption née du mariage sous l'empire duquel il a reçu le jour, il peut invoquer la règle que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; cette présomption, basée sur la fidélité que la femme doit au mari, est si forte qu'elle n'admet pas de preuve contraire, sauf le désaveu du mari; tandis que l'enfant légitimé ne peut invoquer que l'acte de reconnaissance, car c'est sur cet acte que la légitimation est fondée. Et qu'est-ce que la reconnaissance? Un aveu, une simple manifestation de volonté, dont rien ne garantit la sincérité. Cet aveu peut être faux. Dira-t-on que l'on peut par sa volonté se créer un enfant? Voilà pourquoi la loi admet toute personne intéressée à contester la reconnaissance. Quand la reconnaissance est suivie du mariage, elle acquiert un degré de probabilité de plus, mais cette probabilité ne peut être comparée à la présomption qui résulte du

