

détaillé et ne peuvent pas donner lieu à un procès valable. L'exiguïté n'empêche point de porter le sperme profondément dans le vagin. La grosseur excessive est relative à la largeur du vagin, qui finit toujours par s'élargir sous les efforts répétés et prolongés.

Chez la femme : 1° *L'absence de vulve.*

2° *Absence du vagin.*

3° *Absence de l'utérus.* Elle peut se constater dans plusieurs cas. Le vagin est alors borné ou se termine à une autre partie. C'est là encore une impuissance tangible.

4° *La longueur du clitoris et des nymphes, l'oblitération du vagin, par des adhérences, des brides, par l'hymen ou par quelque autre tumeur,* ne méritent pas grande attention. L'art peut y porter remède.

5° *L'ouverture de l'extrémité vaginale supérieur dans la vessie, et du rectum dans le vagin,* constituent encore deux impuissances. Le coït fécondant est impossible là où une repoussante infirmité éloigne même tout essai.

6° *Extroversion vésicale.* Cette anomalie sur laquelle les auteurs insistent tant, n'est pas par elle-même une cause d'impuissance; ce sont les anomalies des organes sexuels qui l'accompagnent, qui doivent faire juger la chose.

IV. — INCAPACITÉS GÉNITALES ACCIDENTELLES ET PATHOLOGIQUES

Chez l'homme : 1° *Absence de verge, suite d'une opération.* Si l'accident ou l'opération n'ont laissé de la verge qu'un bout trop court pour s'introduire au moins dans les parties externes, la fécondation est impossible.

2° *Absence des testicules, la castration laissant deux cicatrices.* La faculté de féconder un certain laps de temps après l'opération, fût-elle prouvée, ne peut détruire l'impuissance; en effet, qu'y a-t-il de commun entre cette fécondation unique et hypothétique et la position présente de cet eunuque?

3° Le *phimosis* et le *paraphimosis*, l'*hydrocèle*, sont inadmissibles. L'obstacle est temporaire.

4° La *hernie scrotale* ancienne, irréductible et grande à entourer la verge au point de rendre son introduction impossible, même dans l'ouverture vaginale externe, est une impuissance manifeste et sans remède.

5° *Le sarcocèle des deux testicules.* S'il est possible d'établir que le cancer a détruit complètement les deux glandes, il y a impuissance; sinon, non.

Beaucoup de causes intérieures (engorgement de la prostate, induration du verumontanum, oblitération des canaux éjaculateurs) sont des causes internes cachées à l'observateur et qui échappent à l'examen; donc elles ne peuvent figurer parmi les nullités de mariage.

Notre conclusion est identique à celle de Dambre (de Courtrai) et de Briand

et Chaudé : « Une impuissance accidentelle ou naturelle, manifeste, antérieure au mariage, est une cause de nullité si elle est bien constatée. »

V. — ACTION EN DÉSARVEU ET EN CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ

Législation. Code civil. Art. 312. — L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant s'il prouve que, pendant le temps couru depuis le trois centième jour jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

Art. 313. — Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant; il ne pourra le désavouer 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 propres à justifier qu'il n'en est pas le père. En cas de séparation de corps prononcée et 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 878 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 deux époux.

Art. 314. — L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° S'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait pas signer; 3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable.

Art. 315. — La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée.

L'enfant légitime étant celui qui a été conçu d'une femme mariée et des œuvres de son mari, il en résulte qu'il doit, pour établir sa filiation légitime, démontrer : 1° que la femme dont il se dit l'enfant est ou a été mariée; 2° qu'elle a eu un enfant à telle époque; 3° qu'il est l'enfant dont elle est accouchée; 4° qu'il est issu des œuvres du mari de sa mère.

Le chap. I^{er}, tit. VII, liv. I^{er} du Code civil suppose que l'enfant a prouvé l'accouchement de la mère, son identité avec l'enfant dont il se dit issu : il ne lui reste plus pour établir sa légitimité qu'à démontrer qu'il est issu des œuvres du mari de sa mère. Le Code civil reproduisant cette antique règle : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant,* » a décidé dans l'art. 312 « que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». Cette présomption repose sur un double fondement : 1° sur la présomption de cohabitation des époux à l'époque de la conception de l'enfant; sur la présomption que la mère a été fidèle au mari.

La preuve que l'enfant a été conçu pendant le mariage de la mère serait facile si la durée de la grossesse était uniforme chez toutes les femmes; mais comme il y a au contraire des gestations précoces et des gestations tardives,

il est impossible de déterminer avec précision le moment de la gestation, c'est-à-dire le jour et encore bien moins l'heure de la conception.

En présence de cette impossibilité, le législateur a recours à deux présomptions dont la science médicale lui a fourni les éléments.

Première présomption. — Les gestations les plus courtes sont de cent quatre-vingts jours.

Seconde présomption. — Les gestations les plus longues sont de trois cents jours.

L'action en désaveu est l'action par laquelle le mari ou ses héritiers ou ses légataires universels ou à titre universel soutiennent que la présomption : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » invoquée par un enfant né ou conçu pendant le mariage est, quant à lui, contraire à la vérité.

Pour comprendre l'intervention des médecins dans les questions de légitimité, il faut distinguer trois classes d'enfants :

- 1° Les enfants conçus et nés pendant le mariage;
- 2° Les enfants conçus avant, mais nés pendant le mariage;
- 3° Les enfants nés après la dissolution du mariage;

§ 1. — L'enfant conçu et né pendant le mariage.

Cet enfant peut être désavoué dans trois cas :

- 1° Pour cause d'impossibilité physique de cohabitation entre les époux pendant le temps légal de la conception;
- 2° Pour cause d'impossibilité morale de cohabitation, lorsqu'il y a eu adultère de la femme et recel de l'enfant;
- 3° Pour cause de séparation de corps.

PREMIÈRE CAUSE DE DÉSAVEU. — *Impossibilité physique de cohabitation.* — L'enfant conçu pendant le mariage, dit l'art. 312, a pour père le mari. Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Ainsi l'éloignement et l'impuissance accidentelle sont des causes de désaveu.

L'éloignement est, en cette matière, une séparation de nature à rendre impossible la réunion des époux. La loi a évité de définir l'éloignement, afin de laisser aux juges le pouvoir d'en apprécier souverainement les conséquences. C'est un point qui ne regarde pas les médecins. Il en est autrement de l'impuissance accidentelle, car les médecins appelés par la justice, auront à se prononcer souvent sur la question de savoir si telle blessure, telle mutilation chirurgicale, tel autre accident enfin, étaient de nature à empêcher toute cohabitation entre époux pendant le temps légal de la conception. L'impuissance naturelle, c'est-à-dire celle qui résulte de la faiblesse des organes,

n'est pas une cause de désaveu. La preuve en serait trop incertaine et trop scandaleuse. L'impuissance accidentelle n'autorise elle-même, suivant certains auteurs, la demande en désaveu qu'autant qu'elle est postérieure au mariage. Nous n'admettons pas cette opinion, car d'un côté l'art. 312 ne distingue nullement entre l'impuissance antérieure et l'impuissance postérieure au mariage, et d'un autre côté s'il est vrai que la femme à qui son mari a caché son impuissance a été odieusement trompée, ce qui l'autorise suivant quelques auteurs à demander la nullité du mariage¹, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne peut puiser dans la faute de son mari, l'étrange privilège d'avoir des enfants légitimes dans l'adultère et d'en infliger en guise de punition la paternité à son mari². Si cette opinion que nous combattons était admise par les tribunaux, l'intervention des médecins deviendrait nécessaire, car ils auraient à examiner si l'impuissance accidentelle du mari sur laquelle est basée la demande en désaveu est antérieure ou postérieure au mariage. On s'est demandé s'il faut considérer comme une cause de désaveu une maladie interne assez grave pour rendre impossible toute cohabitation entre les époux. Parmi les jurisconsultes qui ont examiné cette question, les uns se prononcent pour la négative, en disant, à l'appui de leur opinion, que le mot *accident* qui se trouve dans l'art. 312 ne peut convenir à une maladie interne, qu'il a même été employé à dessein afin de faire comprendre que le législateur entend parler d'une impuissance matérielle et non pas de celle qui résulte quelquefois d'une maladie³. D'autres auteurs, avec plus de raison, suivant nous, enseignent l'affirmative. Le législateur, en effet, n'a-t-il pas évité de dire ce qu'il entendait par *accident*, afin de permettre aux tribunaux de prononcer le désaveu toutes les fois que leur conscience et leur raison leur dictent une pareille décision? Le tribun Duveyrier n'a-t-il pas dit dans son discours au Corps législatif que l'impuissance peut résulter d'une maladie grave et longue? N'y a-t-il pas injustice évidente à refuser à un mari qui a recouvré sa santé d'intenter une action en désaveu contre un enfant qui a été conçu et qui est né pendant le mariage, lorsqu'il est constant pour tout le monde que pendant le temps légal de la conception il n'a pu cohabiter avec sa femme? N'y a-t-il pas scandale à permettre à un enfant incontestablement adultérin de s'emparer d'une succession qui doit appartenir à d'autres, en invoquant le titre d'enfant légitime d'un individu qui, pendant le délai légal de la conception, est resté gisant sur un lit de douleur⁴? Il est évident qu'en adoptant l'opinion que nous soutenons, le médecin sera consulté sur la question de savoir si telle maladie interne a pu empêcher le mari d'avoir des relations avec sa femme?

DEUXIÈME CAUSE DE DÉSAVEU. — *Adultère de la femme et recel de l'enfant joints à l'impossibilité morale de cohabitation.* — Le mari, dit l'art.

1. Voir plus haut, p. 10 et suiv.

2. Valette, *Explic. somm. du Code civil*, p. 44. — Demolombe, *Filiation*, n° 35.

3. Toullier, II, n° 810. — Demolombe, *Filiation*, n° 32. — Valette, *Explic. somm. du Code civil*, p. 170.

4. Duranton, III, n° 42. — Aubry et Rau sur Zachariæ, tome IV, p. 575.

313, « ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. » Dans cette espèce le mari n'a pas besoin, pour faire admettre son désaveu, de prouver une impossibilité physique résultant de son éloignement ou d'une impuissance accidentelle; il lui suffit d'établir que, bien que la cohabitation ait été possible en fait, il est *moralement* impossible qu'elle ait eu lieu. Cette impossibilité morale sera fondée le plus souvent sur la mésintelligence qui existait entre les époux, mais elle pourra l'être également sur le grand âge du mari, et sur état véléudinaire, et alors les médecins pourront être appelés à donner leur avis.

TROISIÈME CAUSE DE DÉSAVEU. — *Séparation de corps*. — La loi du 15 décembre 1850, qui forme aujourd'hui le § 2 de l'art. 312, décide « qu'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'art. 868 du Code de procédure, 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. »

Le système organisé par la loi de 1850 est bien simple. Le mari établit sa non-paternité en prouvant que l'enfant est né trois cents jours après que la femme a été autorisée à quitter la maison conjugale, ou moins de cent quatre-vingts jours depuis le rétablissement de la vie commune. Il n'a pas besoin de prouver qu'il n'y a eu entre sa femme et lui aucun rapprochement. La non-réunion est le fait présumé. Ce sera à la femme qui prétendra que la réunion a eu lieu à en fournir la preuve.

Pour établir la réunion de fait, la femme invoquera la plupart du temps sa grossesse. Aussi un médecin pourra-t-il être appelé pour vérifier l'exactitude de cette allégation.

§ 2. — L'enfant né pendant, mais conçu avant le mariage.

Si nous n'avions que l'art. 312, cet enfant devrait être déclaré naturel, car ce texte ne confère le bénéfice de la présomption *pater is est*, et par suite le bienfait de la légitimité, qu'aux enfants conçus et nés pendant le mariage. Mais l'art. 314 étend la même faveur aux enfants qui, conçus avant, naissent pendant le mariage. Entre ces deux classes d'enfants, nous devons signaler une différence considérable. Les premiers ne peuvent être désavoués en principe : toutefois ce désaveu n'est pas possible dans trois cas exceptionnels.

1° Lorsque le mari a eu connaissance de la grossesse de sa femme avant le mariage;

2° Lorsqu'il a assisté à son acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait pas signer;

3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable. Cette vérification ne peut être faite

que par les médecins. L'enfant est non viable lorsque, quoique né vivant, il est d'une constitution si imparfaite qu'il est impossible qu'il vive. Cet enfant ne peut acquérir aucun droit, car aux yeux de la loi, les enfants nés non viables ne comptent point : ils sont assimilés aux enfants mort-nés. Le mari n'a donc aucun intérêt à le désavouer, car sa poursuite n'aurait d'autre effet que de déshonorer sans profit pour lui la femme à laquelle il a donné son nom. Or, point d'intérêt, point d'action.

§ 3. — De l'enfant né après la dissolution du mariage et de l'action en contestation de légitimité.

Puisque les gestations les plus longues ne peuvent pas durer plus de 300 jours, il semble que l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage ne doit être considéré que comme un enfant naturel. Ce n'est pourtant pas ce qu'a décidé le législateur, car l'article 315 déclare que « la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage pourra être contestée ». Mais pourquoi cet enfant n'est-il pas de plein droit illégitime ? Parmi les auteurs, les uns ont expliqué cette disposition de la loi en rappelant le discours de M. Duveyrier au Corps législatif.

« L'enfant, disait M. Duveyrier, n'est pas illégitime, parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. »

D'autres jurisconsultes ont donné une autre raison de la contestation de légitimité autorisée par l'article 315. Si l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, ont-ils dit, n'est pas déclaré illégitime, c'est qu'il peut se faire que des circonstances exceptionnelles expliquent la tardivité de sa naissance.

Cette idée suppose résolue une question qui est vivement controversée. Si la légitimité de l'enfant né 300 jours après le mariage est contestée, les magistrats sont-ils obligés de déclarer l'enfant illégitime ? Ou bien peuvent-ils, nonobstant la tardivité de sa naissance, reconnaître sa légitimité ?

Nous n'hésitons pas à dire que l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage peut être déclaré légitime. Que peut-on dire, en effet, pour soutenir que l'enfant reste légitime, si son état n'est pas attaqué, mais qu'il doit forcément tomber dans la classe des enfants naturels, s'il est l'objet d'une contestation ? On invoque principalement deux arguments que nous voulons examiner rapidement. On dit d'abord que si l'enfant né 300 jours après la dissolution pouvait être déclaré légitime, il n'y aurait pas de raison pour ne pas conférer également le bienfait de la légitimité aux enfants nés un an ou deux après la dissolution du mariage. Il faut une limite, et cette limite ne

1. L'action en contestation de la paternité est l'action par laquelle on soutient que l'enfant n'est pas légitime, parce que sa naissance et sa conception n'ont pas eu lieu pendant le mariage de sa mère, ou parce que sa mère n'est pas mariée.

peut être que celle indiquée par l'art. 315, c'est-à-dire : l'expiration du délai de 300 jours après la dissolution du mariage.

On dit ensuite, que si, malgré la tardivité de la naissance, les magistrats avaient pouvoir de déclarer légitime l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, ils devraient avoir la même faculté à l'égard de l'enfant né dans l'hypothèse de l'article 312, c'est-à-dire 300 jours après l'éloignement ou l'accident qui a mis le mari dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme. Or, il est incontestable que dans cette dernière hypothèse la gestation ne peut pas durer légalement plus de 300 jours. Pourquoi dès lors pourrait-elle avoir une durée plus longue dans l'hypothèse de l'article 315? Est-ce que l'impossibilité de cohabitation qui résulte du décès du mari n'est pas aussi certaine, si elle n'est plus évidente, que celle qui résulte de son éloignement ou d'un accident?

Nous ne méconnaissons certainement pas la gravité des deux arguments que nous venons d'exposer, mais nous croyons que le législateur n'a pas adopté l'opinion à l'appui de laquelle ils sont produits.

L'art. 315 dit en effet que la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage pourra être contestée; or il est certain qu'une contestation suppose un débat à résoudre, et par conséquent le pouvoir pour le juge de décider soit dans un sens, soit dans un autre : aussi nous semble-t-il évident que, dans notre espèce, le tribunal peut décider pour ou contre l'enfant, c'est-à-dire le déclarer légitime ou illégitime.

Il y a plus. Les gestations en général ne durent pas plus de 300 jours. Mais la nature a ses phénomènes et ses caprices, et il peut arriver qu'une gestation soit retardée même au delà de 300 jours par des circonstances extraordinaires. Dès lors pourquoi les juges proclameraient-ils l'illégitimité d'un enfant dont la légitimité leur paraît démontrée. Le problème des naissances tardives nous semble aujourd'hui résolu; il résulte en effet d'un travail publié par le docteur Merimann, dans le treizième volume des *Transactions médico-chirurgicales de Londres*, que sur 114 naissances à terme, 22 enfants sont nés avant le 270^e jour, 41 entre le 270^e et le 281^e jour, 46 entre le 281^e et le 300^e jour, et 5 entre le 300^e et le 305^e jour.

Et qu'on ne dise pas qu'en permettant aux juges de reconnaître la légitimité de l'enfant né 300 jours après le mariage, nous faisons renaître toutes les difficultés qui s'élevaient dans notre ancien droit, et dont le Code civil a voulu tarir la source en édictant les deux présomptions légales sur le minimum et le maximum de la grossesse, car les juges n'auront ce pouvoir que lorsqu'il sera bien démontré que des circonstances tout à fait exceptionnelles expliqueront, en même temps que la tardivité de la naissance, la légitimité de l'enfant! Qu'on ne dise pas non plus que, si on admet que la gestation peut durer plus de 300 jours, dans l'hypothèse de l'article 315, il doit en être de même, ce qui est impossible, nous le reconnaissons, dans l'espèce de l'article 312. Car nous répondons que l'analogie que l'on veut établir entre ces deux espèces n'existe pas. Dans l'hypothèse de l'article 312, l'enfant se trouve le plus souvent¹ en

1. L'action en désaveu étant transmissible, l'enfant, même dans l'espèce prévue par

présence du mari de sa mère, et on comprend aisément que ce dernier n'intentera une action en désaveu que lorsqu'il est bien sûr que la paternité ne lui appartient pas. Tandis que, dans l'hypothèse de l'article 315, l'enfant se trouve en conflit avec les héritiers du mari qui auront toujours intérêt à contester, même injustement, sa légitimité pour prendre seuls la succession à laquelle ils sont appelés soit comme héritiers *ab intestat*, soit comme héritiers testamentaires. Il fallait dans ce cas une garantie à l'enfant. Le législateur l'a trouvée dans le pouvoir discrétionnaire qu'il a accordé aux juges.

Telles sont les raisons qui nous font croire que l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage peut être déclaré légitime. C'est en ce sens, du reste, que se sont prononcés plusieurs auteurs.

Quelle sera la conduite du médecin dans cette circonstance? Il aura à démontrer si le retard dans l'accouchement est dû à la constitution lymphatique de la femme, aux chagrins qu'elle a essayés, ou même à une maladie qui a dérangé chez elle les fonctions de l'utérus. La question que le médecin a à résoudre est de la plus haute importance; il s'agit de l'honneur d'une femme et de la légitimité d'un enfant!

VI. — ACTION EN CONTESTATION D'ÉTAT PROPREMENT DITE

L'action en contestation d'état est une action par laquelle on conteste soit l'accouchement de la mère, soit l'identité de l'enfant. Comment se prouvent l'accouchement et l'identité? C'est ce qui fait l'objet des articles 319, 320, 321, 323, 341 du Code civil que nous aurons bientôt à examiner.

VII. — ATTRIBUTION DE PATERNITÉ DANS L'HYPOTHÈSE DE L'ARTICLE 228 DU CODE CIVIL

La combinaison des articles 228 et 312 du Code civil a fait naître une difficulté qui ne peut être résolue que par la science médicale.

« La femme, dit l'article 228 du Code civil, ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. » Cette défense faite à la veuve ne constitue qu'un empêchement prohibitif qui par conséquent ne rend pas le mariage non valable s'il a lieu avant l'expiration du délai légal. Mais alors peut s'élever une question des plus délicates. Si la veuve remariée vient à accoucher après le 180^e jour depuis le jour du second mariage et moins de 300 jours après la dissolution du premier, lequel des deux maris le premier ou le second, doit-il être déclaré père de l'enfant?

Les présomptions de la loi ne nous permettent pas de résoudre la question,

l'art. 312, peut être désavoué par les collatéraux du mari en cas de décès de ce dernier dans le délai pendant lequel l'action en désaveu peut être intentée.