

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.

car ces présomptions attribuent la paternité aux deux maris. D'un côté, en effet, cet enfant étant né 180 jours après la célébration du second mariage, il est protégé par la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, et il peut, aux termes de l'article 312, être déclaré le fils du second mari de la mère. D'un autre côté, cet enfant étant né également moins de 300 jours, après la dissolution du premier mariage, il naît aussi sous la protection de la maxime, *pater is est...* et il peut être dès lors le fils du premier mari. La question doit être résolue d'après les circonstances et avec le secours des gens de l'art qui examineront si l'enfant ressemble plutôt au premier mari qu'au second; si le premier était vieux, malade, épuisé et peu disposé à cohabiter avec sa femme; si l'enfant présente des caractères de maturité, etc.

Devergie qui examine cette question¹ émet une opinion fort discutable. « Il nous semble, dit-il, qu'une pareille question ne peut pas être soutenue. En effet ce second mari pourrait seul contester la légitimité de l'enfant (art. 312) en prouvant qu'il était par une des trois causes énoncées dans cet article, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, car du moment que la femme a contracté un nouveau mariage, ce n'est plus la législation du veuvage qui la régit, mais bien celle du mariage. Si donc le second mari désavouait l'enfant, celui-ci serait de fait reconnu appartenir au premier. »

« Une pareille question ne peut pas être soulevée. » La preuve qu'elle peut l'être, c'est qu'il n'y a qu'à supposer qu'une veuve se remarie deux ou trois mois après le décès de son premier mari et qu'elle accouche le 182^e ou le 183^e jour depuis la célébration du deuxième mariage, mais moins de 300 jours depuis la dissolution du premier, d'un enfant robuste, parfaitement constitué et qui semble à terme.

« Le second mari pourrait seul contester la légitimité de l'enfant (article 312). » C'est une erreur. La plupart du temps ce sera, il est vrai, le second mari qui demandera à la justice de déclarer qu'il n'est pas le père de l'enfant né dans les circonstances que nous supposons, mais ne peut-il pas arriver que le tuteur de cet enfant veuille faire reconnaître ses droits sur la succession du premier mari? Dans ce cas les héritiers du premier mari n'ont-ils pas le plus grand intérêt à écarter l'enfant de la famille et à intenter, par conséquent, l'action en contestation de légitimité.

« En prouvant qu'il a été par une des trois causes énoncées dans l'article 312 dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la femme. » Il y a une autre erreur. Le second mari qui veut établir la paternité du premier n'invoque pas à l'appui de sa preuve une impossibilité physique de cohabitation, car la question que nous examinons ne présenterait alors aucune difficulté. Il reconnaît, au contraire, que la cohabitation a été non seulement possible, mais que même elle a eu lieu depuis le jour du mariage, seulement il demande à démontrer sa non-paternité en prouvant par exemple, qu'il est impossible qu'un enfant de 182 jours offre les caractères de maturité que présente l'enfant dont la femme est accouchée.

1. Devergie, *Méd. lég.* Voir § Recherche de paternité.

« Du moment que la femme a contracté un nouveau mariage, ce n'est plus la législation du veuvage qui la régit, mais bien celle du mariage. »

Nous ne contestons pas, en principe, l'exactitude de cette idée, car après le second mariage, la veuve remariée est régie, comme le dit Devergie, par la législation du mariage. Elle tombe sous la puissance maritale, et comme toutes les femmes mariées, elle est frappée, d'une incapacité légale dont les articles 217 et suivants déterminent l'étendue. En un mot, la condition de cette femme est réglée en principe comme si elle n'avait jamais été veuve.

Mais le second mariage qu'elle a contracté ne peut empêcher le premier de produire ses effets, et au nombre de ces effets se placent, en première ligne, le droit pour l'enfant dont nous recherchons la filiation, de se faire déclarer le fils du premier mari, et le droit pour le second mari de repousser une paternité que lui impose la présomption légale de l'article 312.

VIII. — RECHERCHE DE PATERNITÉ ET DE MATERNITÉ NATURELLES

Le législateur a décidé dans l'article 340 que la recherche de la paternité naturelle est interdite. Cette prohibition repose : 1^o sur la difficulté et l'incertitude des preuves à fournir; 2^o sur le scandale qui résulterait d'une pareille demande. Une seule exception a été admise. « Dans le cas d'enlèvement, dit l'article 340 (et nous ajoutons à plus forte raison de viol, bien que la loi ne parle que d'enlèvement), lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant. » Cette coïncidence entre l'enlèvement de la mère et la conception de l'enfant ne prouve pas par elle-même et par elle seule la paternité du ravisseur. Elle donne seulement aux juges la faculté de le déclarer père de l'enfant sur la demande des parties intéressées (enfant, ses héritiers, sa mère).

Le médecin dont l'intervention sera réclamée dans cette circonstance, aura à se demander si la conception remonte à l'époque de l'enlèvement, si une jeune fille peut concevoir à la suite d'un viol, etc.

Maternité naturelle. — A la différence de la paternité naturelle qui est absolument incertaine, la maternité a des signes matériels auxquels on peut la reconnaître. Il serait en effet difficile d'égarer la justice sur les faits extérieurs et positifs de la grossesse et de l'accouchement. Aussi le législateur a-t-il décidé dans l'article 341 que la recherche de la maternité naturelle est admise. L'enfant qui recherche sa mère doit prouver : 1^o l'accouchement de la femme dont il se dit issu; 2^o son identité avec l'enfant dont elle est accouchée. Cette double preuve peut être faite par témoins, mais dans le cas seulement où l'enfant est muni d'un commencement de preuve par écrit qui rend sa prétention vraisemblable.

Cet article 341 de même que les articles 322 et 324 relatifs à la maternité

légitime fait naître une question d'accouchement et une question d'identité. Nous retrouverons ces articles aux paragraphes : *Accouchement* et *Des questions d'identité*.

RÉSUMÉ

§ I. Il y a deux sortes d'opposition au mariage : l'opposition légale et l'opposition officieuse.

Les causes d'opposition au mariage sont l'âge (avant dix-huit ans pour l'homme, avant quinze ans pour la femme), la parenté, et la démence.

§ II. La nullité de mariage peut être prononcée pour défaut de consentement (aliénation mentale, ivresse, maladie), pour erreur dans la personne, et pour impuissance.

§ III. Le mariage d'un hermaphrodite à sexe douteux est nul, non pour erreur dans la personne, mais pour identité de sexe entre les deux époux.

§ IV. L'impuissance naturelle ou accidentelle, lorsqu'elle est visible, est une cause de nullité de mariage pour erreur dans la personne.

§ V. Les incapacités génitales naturelles sont chez l'homme : absence des testicules, absence d'urèthre, pénis imperforé, absence de verge, bifurcation de la verge; exiguité, grosseur et longueur démesurée de la verge. Chez la femme : absence de vulve, absence du vagin, absence de l'utérus, oblitération du vagin, cloaque vagino-vésical, vagino-rectal, extroversion vésicale.

§ VI. Les incapacités génitales, accidentelles et pathologiques, sont chez l'homme : absence de verge, castration, phimosis, hydrocèle, hernie scrotale, énorme, irréductible; sarcocèle des deux testicules.

§ VII. Dans les questions de légitimité et de désaveu, il faut distinguer trois classes d'enfants :

1° L'enfant conçu et né pendant le mariage : cet enfant peut être désavoué pour impossibilité physique de cohabitation entre les époux pendant le temps légal de la conception; pour cause d'impossibilité morale de cohabitation, lorsqu'il y a eu adultère de la femme et recel de l'enfant; pour cause de séparation de corps.

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

3° L'enfant né après la dissolution du mariage.

CHAPITRE IV

SÉPARATION DE CORPS ET DIVORCE

Séparation de corps. — Excès, sévices et injures graves. — Observations. — Grossesse antérieure au mariage. — Observations. — Droit marital. — Observations. — Sodomy conjugale. — Observations. — Syphilis communiquée. — Observations. — Maladies diverses. — Hystérie. — Observations. — Épilepsie. — Observations. — Folie. — Observations.

Divorce. — La folie peut-elle être considérée comme une cause de divorce? — Observation. — Attaque d'hystérie au moment du coït. — Vaginisme.

I. — SÉPARATION DE CORPS

Dans la pratique si accidentée de la médecine, des questions d'un ordre tout à fait inattendu viennent à surgir : la mémoire est vainement interrogée, les précédents font défaut, les livres sont muets et la difficulté est soumise aux interprétations les plus hésitantes et les plus contradictoires.

En présence d'un embarras sérieux, le médecin ne consulte que son bon sens et son honnêteté; mais comme il manque d'un fil conducteur, il est exposé aux plus timides défaillances, comme aux plus audacieuses témérités. L'imprévu devient alors un danger.

De grands faits judiciaires, par exemple, intéressent la médecine, et la médecine peut projeter sur eux une très vive lumière; mais à quelles conditions cette intervention est-elle possible? L'homme de l'art, en signant d'imprudents certificats, en délivrant d'indiscrètes consultations, s'immisce fréquemment dans des débats irritants, dans des conflits entre époux, dans des instances en séparation de corps, et malgré les excellentes intentions qui l'animent, il se compromet au triple point de vue de son caractère, de sa dignité et de sa réputation.

Il y a là un écueil, et comme l'ignorance ne peut pas être élevée au rang des excuses, ce ne serait point justifier le médecin que de dire qu'il est étranger aux notions les plus usuelles de la science du droit. Ce qu'il y a de mieux à faire, c'est d'étudier la question.

§ 1. — Excès, sévices et injures graves.

Législation. — Code civil. ART. 229. Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.