

ARTICLE VII

DES NAISSANCES PRÉCOCES ET DES NAISSANCES TARDIVES

On dit vulgairement que la durée de la grossesse est de neuf mois, et les auteurs lui assignent, en effet, pour limites ordinaires du 275^e au 300^e jour, à partir du moment de la conception, d'accord en cela avec ceux qui, dès les temps anciens, ont compté que la durée de la grossesse répondait à dix périodes menstruelles. Selon ce dernier calcul, l'intervalle des périodes menstruelles variant de deux ou trois jours, la durée de la gestation variera naturellement de quelques jours. Chez les femmes qui ont leurs règles tous les 28 jours (ce qui arrive le plus souvent), la grossesse durera $28 \times 10 = 280$ jours; chez celles qui les ont tous les 29 jours, elle durera $29 \times 10 = 290$ jours; chez celles qui les ont tous les 30 jours, elle durera $30 \times 10 = 300$ jours. Toutefois, les auteurs reconnaissent que ces limites de 275 à 300 jours ne sont point absolues, que bien des femmes accouchent avant le 275^e, et que bien plus souvent encore la gestation dépasse le 300^e.

La durée de la gestation, que l'on peut étudier expérimentalement chez les animaux, varie chez eux dans des limites assez étendues. En 1819, Tessier a publié les résultats suivants sur la durée de la gestation de 171 vaches :

Pour 14	elle fut de 241 à 260 jours
— 3	de 270 jours.
— 50	de 270 à 280
— 68	de 280 à 290
— 6	de 308.

En somme, il y a eu une différence de 67 jours entre la gestation la plus longue et la gestation la plus courte.

En 1839, lord Spencer a fait connaître des résultats analogues. Sur 754 vaches dont la date de l'accouplement avait été soigneusement notée, la durée de la gestation a varié entre 252 et 321 jours.

Le docteur Devilliers, recueillant cent trois observations de grossesse chez la femme, a trouvé que huit se sont terminées par un accouchement entre le 250^e et le 260^e jour, et cinq par un accouchement du 300^e au 310^e jour. La durée de la grossesse dans les quatre-vingt-dix autres cas a oscillé entre 260 et 300 jours.

On trouvera d'autres détails sur ce sujet dans la thèse de Le Boucher (*Thèse de doctorat*, Paris, 1875).

Les maladies, les excès, les affections morales, certaines exigences sociales, sont les causes vraisemblables des naissances précoces et tardives. La femme, dans le mode de vie artificiel que la société lui crée, doit être soumise aux variations que l'on remarque parfois chez les animaux et qui sont surtout sensibles lorsqu'ils passent de l'état libre à l'état domestique.

Les naissances précoces et les naissances tardives donnent parfois lieu à des recherches médico-légales du plus haut intérêt. On verra plus loin que le praticien doit être mis en garde contre les assurances d'une femme qui voudrait dissimuler une faute, et, s'il faut rejeter d'une manière presque absolue les relations inexactes dues à Van Swieten, Lebas, Antoine Petit, il en est qu'il faut admettre avec certitude. Ainsi, Klein rapporte que sa propre femme, après avoir éprouvé, au bout de neuf mois de grossesse, des douleurs qui semblaient annoncer un accouchement prochain et qui se renouvelèrent tous les jours pendant

quatre semaines, n'accoucha qu'après dix mois accomplis. Nous ne révoquerons pas davantage en doute le témoignage de Fodéré, qui rapporte que sa femme n'accoucha qu'à dix mois et demi après avoir eu de même de fausses douleurs au terme ordinaire; qu'elle redevint enceinte deux ans après; qu'elle eut encore de fausses douleurs à neuf mois, et ne mit au monde qu'à dix mois et demi une petite fille très-délicate. Ces cas de Klein-Fodéré, dit Casper d'un ton plaisant, ne méritent aucune croyance, non plus que ceux cités par Taylor (*Med. jurisprud.*, Londres, 6^e édit., 1858), qui rapporte que des grossesses se seraient prolongées jusqu'au onzième et même au douzième mois. — Malgré l'opinion de Casper, trop de faits attestent la possibilité de la gestation prolongée jusqu'à dix mois et demi, pour que nous nous refusions d'une manière absolue à admettre ce terme des naissances tardives, surtout si la femme a éprouvé au neuvième mois, comme les épouses de Klein et de Fodéré, les douleurs qui précèdent ordinairement l'accouchement.

Mais, en présence de ces controverses, la *filiation*, qui donne à un enfant un état dans la société et des droits dans la famille, qui établit des devoirs et des obligations, qui doit, par cela même, suivant les positions, être l'objet des désirs ardents des uns et des attaques passionnées des autres, serait restée incertaine si le législateur ne l'avait pas soustraite autant que possible à la mobilité des appréciations judiciaires. Aussi, dans l'impossibilité de déduire des lois de l'organisation la limite de ces anomalies, le Code civil a fixé le 180^e jour après la conception comme terme des naissances les plus précoces, et le 300^e pour terme des plus tardives.

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 qui a 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 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. 878 du Code de procéd. civ., et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation (*loi du 6 déc. 1850*).

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^o s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2^o 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 signer; 3^o 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.

Art. 316. Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant; — dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent; — dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

« Mais, en adoptant une règle prise dans la marche la plus ordinaire de la nature, les législateurs n'ont pas entendu énoncer une vérité absolue, ni décider en physiologistes une question sur laquelle sont partagées les opinions des plus savants médecins. Ils ont fait ce qui était propre à la législation : ils ont tari la source de ces procès difficiles et scandaleux qu'occasionnaient les naissances tardives et prématurées, en traçant aux juges une règle positive pour fixer leur incertitude et prévenir désormais l'arbitraire des décisions et la contrariété des jugements. » (Toullier, t. XI, p. 115; voy. aussi le discours prononcé au Corps législatif par le tribun Duveyrier, le 2 germinal an II.)

Il suffit que le 180^e jour soit commencé pour que l'enfant ne puisse plus être désavoué; il faut, en sens inverse, que le 300^e jour soit expiré depuis et non compris celui de la dissolution du mariage, pour que la légitimité de l'enfant puisse être contestée: c'est là l'opinion presque universelle de la doctrine; mais nous verrons, pages 287 et suiv., que la jurisprudence, tout en paraissant se fixer en ce sens, n'est point unanime.

En appliquant ces principes à l'impossibilité de cohabitation pendant la durée de la gestation, il faut décider que, pour que cette impossibilité donne lieu au désaveu, elle doit avoir commencé avant le 300^e jour, de sorte que 300 jours pleins se trouvent compris entre le moment où elle a commencé et le jour de la naissance; que, de plus, elle n'ait cessé que pendant le 179^e jour avant la naissance, en sorte que depuis le moment où elle a cessé il ne se soit point écoulé 179 jours pleins plus la fraction du jour de la naissance. Le § 2 de l'art. 312 doit donc être interprété ainsi: « pendant le temps qui a couru depuis et y compris le 300^e jusques et y compris le 180^e avant la naissance ». L'impossibilité de cohabitation doit donc avoir duré non pas seulement 120 jours, mais 121 jours pleins: de même, dans le cas prévu par l'art. 319, l'enfant doit être né, pour être désavoué, plus de trois cents jours après l'ordonnance.

L'impossibilité physique de cohabitation résulte soit de l'éloignement, soit de quelque accident. La loi n'a pas déterminé les caractères de l'éloignement sur lequel nous n'avons pas à insister ici. La jurisprudence et la doctrine accordent plein pouvoir aux tribunaux pour apprécier les faits constitutifs de l'impossibilité physique de cohabitation (Alger, 12 nov. 1866; Dall. 67. 2. 126). L'éloignement doit avoir été absolu; la Cour de Bourges a jugé, le 6 juillet 1868, que l'éloignement du mari ne pouvait être invoqué si cet éloignement ou les difficultés de rapprochement n'étaient pas tels que l'on en dût nécessairement inférer l'impossibilité d'une cohabitation accidentelle (Dall. 68. 2. 180); mais, se montrant moins rigoureuse en matière de preuve, la Cour de Montpellier a jugé, le 9 décembre 1854 (Dall. 71. 5. 194), que, bien que l'impossibilité physique d'un rapprochement entre les époux, malgré l'éloignement de leur résidence, ne soit pas suffisamment démontrée, le désaveu peut être admis si cette impossibilité est confirmée par des circonstances morales tenant à la situation réciproque des époux; que, dans l'état actuel des communications maritimes et continentales, les impossibilités physiques seraient d'une démonstration impossible si le juge n'était autorisé à consulter, pour dissiper les doutes, les impossibilités empruntées à l'ordre moral. — La détention du mari peut constituer une impossibilité physique de cohabitation, lors même qu'il aurait reçu dans sa prison les visites de sa femme (Paris, 5 mars 1853; Dall. 53. 2. 165). — Il peut en être de même de la séquestration du mari dans une maison d'aliénés (Trib. de Bayeux, 19 février 1863 — Caen, 14 déc. 1876; Sir. 77. 2. 54).

Par ces mots *quelque accident*, on doit entendre, selon plusieurs auteurs (MM. Toullier, Proudhon, Demolombe, Dalloz), non-seulement les blessures, les mutilations, mais encore les maladies graves et longues qui peuvent produire une impuissance accidentelle soit persistante, soit passagère; le mot *accident*, disent-ils, désigne tout fait *survenant inopinément*: une maladie est un accident aussi bien qu'une blessure, et ils invoquent les paroles prononcées lors de la rédaction de la loi par Daveyrier, qui disait au Corps législatif: « Il serait déraisonnable de vouloir détailler les espèces, les cas, les accidents qui peuvent la produire (l'impossibilité de cohabitation), soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation, d'une maladie grave et longue; il suffit de savoir que la cause doit être telle et tellement prouvée, que, dans l'intervalle du temps présumé de

la conception, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père. » Mais, selon d'autres auteurs (MM. Duranton, Massé et Vergé sur Zachariæ), le mot *accident* doit être pris dans une acception restreinte et désigner exclusivement un fait extérieur atteignant les organes de la génération et produisant une impuissance évidente, comme une blessure, une chute, une opération chirurgicale: on ne saurait étendre cette dénomination à une maladie interne qui, pendant un certain temps, aurait été une cause d'impossibilité de cohabitation, une telle cause ne pouvant jamais donner que des probabilités plus ou moins contestables.

Les deux cas d'impossibilité de cohabitation peuvent concourir de manière que le laps de temps qui manquerait à l'une soit complété par l'autre: tel serait le cas où un mari absent depuis trois mois reviendrait atteint d'une blessure qui, pendant quatre mois encore, le frapperait d'impuissance, et dont la femme accoucherait cependant cinq mois après son retour.

Dans le cas prévu par l'art. 312, dès l'instant que le mari a formé sa demande en désaveu et prouvé l'impossibilité de cohabitation, il n'est pas douteux que cette demande doit être admise. Les termes de l'article sont formels, *le mari pourra désavouer s'il prouve*: Quoi? l'impossibilité de cohabitation pendant un certain temps; donc, dès que la preuve est faite, le désaveu doit être prononcé. En est-il de même dans le cas de l'art. 315, qui se borne à dire que la légitimité *pourra être contestée*? ou bien les tribunaux ont-ils alors un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation des faits; peuvent-ils rejeter l'action en contestation s'il leur apparaît, d'après les circonstances, que l'enfant, quoique né plus de 300 jours après la dissolution, doit être cependant conçu des œuvres du mari? Quelques auteurs l'ont soutenu, et ils s'appuient notamment sur ce que, lors de la rédaction de l'article, on avait proposé de dire d'une manière impérative: « La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage », ce qui enlevait toute équivoque; on a préféré à cette rédaction le projet primitif, qui se bornait à dire que la légitimité pourra être contestée. D'où cette conséquence, d'une part, que cet enfant a la possession d'enfant légitime; que, si aucune contestation n'est élevée, il conserve cette possession; et, d'autre part, que, si cette légitimité peut être contestée, elle peut aussi être défendue. Mais la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées contre cette interprétation. Sans doute, cet enfant n'est pas de droit mis au nombre des enfants naturels, mais c'est uniquement parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire; si l'état de l'enfant n'est pas attaqué, il reste protégé par ce silence: la loi n'a pas à intervenir; si la légitimité n'est pas contestée, c'est que personne n'est intéressé à le faire, ou que ceux qui auraient intérêt ont de justes motifs pour garder le silence; mais, dès que la contestation est soulevée, la présomption légale d'illégitimité apparaît avec toute sa force, la mission du juge se borne à la constatation d'un fait, et, s'il reconnaît, par la comparaison des dates, que l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution, il doit nécessairement le déclarer illégitime. Par ces mots *pourra être contestée*, le législateur a voulu non pas accorder aux tribunaux la faculté d'admettre ou de rejeter l'action des héritiers du mari, mais accorder à ceux-ci la faculté d'intenter ou de ne pas intenter l'action. Dans le cas de l'art. 312, la loi n'admet pas que l'enfant puisse naître après le 300^e jour, et le désaveu du mari *doit* être admis; on ne comprendrait pas pourquoi, dans le cas de l'art. 315, lorsque ce sont ses héritiers qui contestent la légitimité d'un enfant né plus de 300 jours après sa mort, les juges pourraient admettre la possibilité d'une pareille naissance légitime (Toullier, Proudhon, Duranton,

Zachariæ, Marcadé, Demolombe, etc. — Grenoble, 12 avr. 1809 — Aix, 8 janvier 1812). Cependant, la Cour de Limoges, annulant un jugement du tribunal de Bourgneuf, a, par un arrêt rendu en audience solennelle le 18 juin 1840, adopté une décision contraire : « L'expression *pourra être contestée*, employée dans l'art. 315, ne laisse pas seulement aux héritiers le droit de contester la légitimité, elle ménage en même temps à l'enfant les moyens de faire reconnaître sa légitimité, dans le cas où il pourrait établir que, par une dérogation aux lois de la nature, contraire, il est vrai, aux observations de la science, mais dont rien ne démontre l'impossibilité, la durée de la gestation s'est prolongée chez sa mère au delà de 300 jours; que sa naissance tardive a pour cause une de ces circonstances extraordinaires, un de ces caprices de la nature dont il ne saurait être la victime. »

Dans le cas où un enfant viendrait à naître moins de 300 jours après la dissolution du mariage, s'il était établi que le mari s'est trouvé, avant cette dissolution, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant un temps qui, réuni à celui qui s'est écoulé depuis, excède le délai de 300 jours, la légitimité de cet enfant pourrait être attaquée. C'est à tort qu'on voudrait soutenir l'opinion contraire, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de Bruxelles du 15 juillet 1822; mais alors on devrait agir par la voie du désaveu, conformément à l'art. 312, et non par la voie de la contestation de la légitimité indiquée par l'art. 315.

L'art. 314, qui décide que l'enfant né avant le 180^e jour du mariage ne peut être désavoué par le mari qui a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, est général, et le mari ne peut, dans ces circonstances, former une demande en désaveu, lors même qu'il alléguerait qu'il a été induit en erreur sur le véritable point de départ de la grossesse, et qu'il existait une impossibilité physique de cohabitation au moment où se place la conception, c'est-à-dire du 300^e au 180^e jour avant la naissance (Chambéry, 3 mars 1869; Dall. 69. 2. 112. et rejet Cass. 28 déc. 1869; Dall. 70. 1. 145).

Que faudrait-il décider dans le cas où une veuve, qui serait accouchée quelques jours après le décès de son mari, accoucherait de nouveau avant que 300 jours fussent écoulés? Il paraît évident que la présomption légale, qui attribue au mari l'enfant né dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage, ne saurait s'appliquer ici et ne protégerait pas cet enfant.

Dans le but justement d'éviter la *confusion de part*, l'art. 228 du Code civil défend à une veuve de se remarier avant dix mois révolus depuis la dissolution du premier mariage (1); cependant, il n'y aurait pas nullité du second mariage,

(1) L'art. 228 édicte une prohibition d'ordre public qui régit l'étrangère qui veut contracter mariage en France. Il est admis aujourd'hui par la jurisprudence que l'étrangère, divorcée dans son pays d'après la loi de ce pays, peut épouser en France un Français; mais pourra-t-elle contracter ce mariage immédiatement si la loi de son pays le lui permet, ou devra-t-elle nécessairement attendre qu'il se soit écoulé dix mois depuis que le divorce a été prononcé? Une Allemande avait obtenu son divorce par jugement du tribunal de Francfort; d'après la législation de ce pays, la femme peut contracter tout de suite un nouveau mariage, par cela seul que le jugement du divorce ne le lui interdit pas, dès que ce jugement est passé en force de chose jugée, et sans même être obligée d'attendre l'expiration du délai de six mois imposée par cette législation aux veuves qui veulent contracter un second mariage. En conséquence, elle prétendait pouvoir se remarier tout de suite en France; un jugement du tribunal de la Seine, du 4 janvier 1872, avait admis cette prétention, mais ce jugement a été réformé par arrêt de la Cour de Paris du 17 février suivant : « Attendu que l'art. 228 édicte une prohibition d'ordre public basée sur le soin de prévenir les filiations équivoques et sur des raisons de décence

et il peut arriver, par suite d'une infraction à cette défense, qu'un enfant naisse à la fois dans les 300 jours de la dissolution du premier mariage, et plus de 179 jours après la célébration du second, de telle sorte qu'il puisse être à la fois, par une naissance tardive, l'enfant du premier mari, ou, par une naissance précoce, l'enfant du second. A qui devra être attribuée la paternité de cet enfant? Cette question a beaucoup préoccupé les anciens auteurs, et a donné lieu à plus d'un système bizarre. Selon les uns, il devrait être considéré comme l'enfant des deux maris et en hériter. Selon d'autres, c'était à l'enfant à opter entre les deux maris. Un troisième soutenait que l'enfant, ne pouvant prouver qu'il appartient à l'un plutôt qu'à l'autre, devait être considéré comme n'appartenant à aucun, et repoussé des deux successions. Un quatrième voulait que l'on s'attachât à la ressemblance de l'enfant soit avec l'un, soit avec l'autre mari. D'autres enfin pensaient que « l'enfant devait être attribué au second mari, non-seulement dans le cas où le premier mari, longtemps abattu par la maladie dont il est mort, peut être présumé n'avoir eu aucun rapport avec sa femme, mais encore si, enlevé par une mort soudaine, il a pu engendrer peu de temps auparavant ». Cette opinion, qui attribue l'enfant au second mari, est approuvée par MM. Demolombe et Dalloz, par Capuron et par M. Devergie. Cependant, les auteurs modernes s'accordent généralement à attribuer aux tribunaux le droit de décider, d'après les circonstances, quel est le véritable père. Les présomptions légales de paternité qui peuvent être invoquées de part et d'autre, aux termes des art. 312 et 315, s'annulent en effet ici; et dès lors il convient, laissant de côté les présomptions légales, de rechercher en fait, d'après les indices et les probabilités, quel est celui des deux qui doit être réputé le père. Ainsi, on rechercherait quelle était la conformation de l'enfant au moment de la naissance; si l'on doit supposer que cette naissance ait été accélérée ou au contraire retardée; si, dans le temps qui a précédé la mort du premier mari, il était ou non en état de cohabiter avec sa femme, etc. (Proudhon et Valette, Duranton, Toullier, Duvergier, Massé et Vergé sur Zachariæ). C'est sur cette doctrine que s'est appuyé le tribunal de la Seine, le 9 août 1838, dans une affaire où l'enfant, né 284 jours après le décès du premier mari, avait été reconnu et légitimé par un mariage subséquent. Les héritiers du second mari voulaient écarter cet enfant de la succession, prétendant que, né moins de 300 jours avant la mort du premier mari, il était son fils aux termes de l'art. 315. Le tribunal repoussa cette demande, et déclara l'enfant héritier du second mari. Ce jugement fut, il est vrai, réformé par un arrêt de la Cour de Paris du 13 juillet 1839; mais cet arrêt fut lui-même cassé par la Cour de cassation, le 23 novembre 1842; et la Cour d'Orléans, saisie à son tour, décida,

publique; — que l'art. 194 du Code pénal, qui prononce une peine contre l'officier de l'état civil célébrant un mariage au mépris de cette disposition, manifeste le caractère d'ordre public de cette prohibition; que le statut francfortois, dont la dame M... excipe vainement et qui régit sa capacité, est sans application possible en France quand il y rencontre une disposition prohibitive fondée sur l'ordre public; qu'on objecte à tort que, dans l'espèce, la prohibition de l'art. 228 doit fléchir devant le statut personnel étranger, parce que la législation de Francfort ne serait pas contraire aux vues de la loi française sur la nécessité de prévenir les confusions de part, mais aurait pourvu à cet intérêt de la constitution de la famille par d'autres moyens; que les conditions de l'ordre public en France dépendent uniquement des règles souveraines de la loi française, et que les tribunaux ne sauraient chercher d'équivalent à la sagesse de ces règles dans des dispositions de droit étranger. — Mais la femme veuve, qui veut se remarier, n'est pas tenue d'attendre, pour faire à ses père et mère les sommations qu'elle peut être obligée de leur faire, l'expiration des dix mois, sauf à attendre cette époque pour contracter son second mariage (Paris, 18 janv. 1873, *Gaz. des trib.* du 22 janv.).

le 10 août 1843, conformément à la doctrine de la Cour de cassation, que l'art. 315 n'était applicable qu'à l'enfant en possession d'un état d'enfant légitime qu'on veut lui faire perdre parce qu'il est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage; « qu'il est d'ailleurs tellement vrai que les termes de l'art. 315 ne sont pas absolus, qu'il y est constamment dérogé par la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de l'enfant d'un second mariage contracté dans les dix mois de veuvage de la mère, et né dans les 300 jours qui ont suivi le décès du premier mari, et après 180 jours écoulés depuis son décès. » (Aff. Henry et Querrau; voy. *Gaz. des trib.*, 3 et 10 août 1838 — 13 et 14 juill. 1839 — 1 et 12 déc. 1842 — 18 août 1843, les détails intéressants de ce procès; Sir. 1843. 1. 5. et 2. 399; Dall. 43. 1. 465).

Le mari qui, aux termes de l'art. 314, peut désavouer l'enfant né avant le 180^e jour du mariage, ne le peut pas si l'enfant n'est pas né *viabile*. Dans ce cas, en effet, le désaveu serait sans intérêt, puisque cet enfant, comme nous le verrons au chapitre suivant, ne peut jamais avoir de droit; et, d'un autre côté, l'imperfection de l'enfant non viable ne permet pas d'apprécier quelle a été la durée de la grossesse, et par conséquent si la conception est antérieure ou postérieure au mariage. — Quelques auteurs ont pensé que l'art. 314, ne tirant de la non-viabilité de l'enfant une fin de non-recevoir contre le désaveu que lorsqu'il s'agit d'un enfant né avant le 180^e jour depuis le mariage, et l'art. 312, gardant sur ce point le silence à l'égard de l'enfant né et conçu pendant le mariage, le mari est recevable à désavouer l'enfant qui n'est pas né viable lorsqu'il y a eu impossibilité de cohabitation entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance de l'enfant. Mais c'est là évidemment une erreur : le désaveu est aussi inutile que dans le cas prévu par l'art. 314; cet enfant est réputé n'avoir jamais existé; il n'a jamais eu de droits, il n'en a jamais transmis : le désaveu serait donc sans objet et sans résultat, il n'en résulterait qu'un scandale inutile que la loi n'a pu permettre; bien plus, la non-viabilité de l'enfant efface la présomption qui résulte de la brièveté de la gestation. Un enfant est né moins de 180 jours depuis que l'impossibilité de la cohabitation a cessé; s'il était né viable, il aurait pu être désavoué, car, selon toutes probabilités, il n'aurait pas été conçu depuis la fin de cette impossibilité. Mais il est né non viable : cet état tient justement peut-être à ce qu'il est né moins de 180 jours depuis la conception; le fait de la non-viabilité ne permet pas de fixer l'époque de la conception, et le désaveu de cet enfant non-seulement serait un scandale inutile, mais encore ne reposerait sur aucune donnée certaine.

L'adultère même prouvé de la femme ne suffit pas pour faire tomber la présomption de paternité; il faut établir aussi la coïncidence de l'adultère avec l'époque de la conception de l'enfant (Aix, 11 janv. 1859; Dall. 59. 2. 85). — Il faut, de plus, qu'au fait d'adultère vienne se joindre cet autre fait que la naissance de l'enfant a été cachée au mari; il pourra alors, dans ce cas, non pas désavouer l'enfant de plein droit, mais être admis à prouver tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père. Ainsi, l'action en désaveu peut être fondée sur cette circonstance que la femme, séparée de fait de son mari depuis seize ans, vivait en concubinage, et sur ce qu'elle a pris la précaution d'aller faire ses couches chez des sages-femmes et de se faire désigner comme fille dans les déclarations faites par celles-ci en présence de témoins différents n'ayant aucune relation avec le mari (Paris, 23 janv. 1872; Dall. 1874. 5. 268).

C'est une question controversée que celle de savoir s'il suffit au mari d'établir l'adultère et le recel de la grossesse, ou s'il faut nécessairement que la naissance elle-même ait été cachée. Les Cours d'Alger (18 nov. 1858; Sir.

59. 2. 303), de Bourges (6 juill. 1868; Dall. 68. 2. 180), d'Aix (11 janv. 1859; Dall. 59. 2. 85), s'appuyant sur les termes mêmes de l'art. 313, exigent le recel même de la naissance; mais un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1850 (Sir. 50. 1. 113; Dall. 50. 1. 5) et la plupart des auteurs pensent que la recevabilité du désaveu n'est pas nécessairement subordonnée au recel de la naissance, et qu'il peut suffire, d'après les circonstances, que la grossesse seule ait été dissimulée.

La preuve des faits de non-paternité ne peut être admise qu'autant qu'il y a preuve acquise du recel de la naissance. L'enquête ne saurait donc porter à la fois et sur les faits de recel et sur ceux de non-paternité (Bordeaux, 21 déc. 1849; Dall., 54. 5. 382); mais, lorsque le mari a établi l'adultère de la femme concomitant à la conception et le recel de la naissance, il n'est pas nécessaire qu'il fasse de sa non-paternité l'objet d'une preuve spéciale et distincte : les juges peuvent déclarer que cette paternité résulte des faits de la cause (Cass. 8 juill. 1812 — 25 janv. 1831; Sir. 31. 1. 81 — 9 mai 1838; Sir. 38. 1. 854 — 14 févr. 1854; Sir. 54. 1. 225; Dall. 54. 1. 89 — 31 juillet 1866; Sir. 66. 1. 416; Dall. 67. 1. 29 — Bordeaux, 5 juill. 1843; Sir. 44. 2. 185 — Dijon, 17 mai 1870; Dall. 73. 2. 195).

Si l'adultère de la femme ne suffit pas pour autoriser l'action en désaveu, il en est autrement lorsqu'il y a eu séparation de corps prononcée ou même demandée. Un paragraphe, ajouté à l'art. 313 par la loi du 6 décembre 1850, permet alors au mari de désavouer l'enfant; la présomption de paternité est détruite de plein droit; le mari n'a aucune preuve à faire que celle des dates : c'est à la mère, pour établir la paternité, à prouver la réunion de fait (Bordeaux, 16 juin 1858; Dall. 59. 2. 14 — Nancy, 12 janv. 1861; Dall. 61. 5. 236 — Dijon, 24 janv. 1872; Dall. 73. 2. 13, et sur pourvoi Cour de cassation, 19 août 1872; Dall. 73. 1. 479 — Agen, 4 mars 1874; Sir. 75. 2. 166 — Toulouse, 11 juin 1874; Sir. 74. 2. 173; Dall. 75. 2. 25. — Voy. cependant Amiens, 30 juin 1853; Dall. 55. 2. 311). Lorsqu'il y a eu séparation de corps, le désaveu n'est pas subordonné au recel de la naissance : il suffit que l'enfant soit né 300 jours après l'ordonnance du président et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation, et qu'il ne soit pas établi qu'il y ait eu réunion de fait entre les époux (Cass. 9 déc. 1857; Dall. 58. 1. 132); mais, si la demande en séparation de corps vient à être rejetée, la présomption de paternité reprend son empire à l'égard des enfants conçus depuis le rejet définitif de cette demande (Caen, 9 mars 1876).

L'art. 312 permet le désaveu, en se fondant sur une impossibilité physique résultant de l'éloignement; l'art. 313, en se fondant sur une impossibilité morale résultant de la séparation de corps obtenue ou demandée : ces deux impossibilités ne pourraient être jointes l'une à l'autre que s'il n'y a eu entre elles aucune solution de continuité. On ne peut donc invoquer leur réunion contre une femme qui, incarcérée sous prévention d'adultère, a été mise en liberté lorsque l'ordonnance du président sur la demande en séparation de corps du mari n'a été rendue que quelques jours après, et que moins de 300 jours se sont écoulés depuis cette ordonnance, encore bien que ce délai soit dépassé depuis le moment où a eu lieu l'incarcération de la femme (Cass. 8 nov. 1859; Dall. 59. 1. 506).

Dans tous les cas où le mari peut désavouer l'enfant, la loi ne lui donne, pour intenter cette action, qu'un temps assez court : un mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance, deux mois après son retour s'il est absent, ou après l'époque où il a découvert la fraude si la naissance lui a été cachée (art. 316,